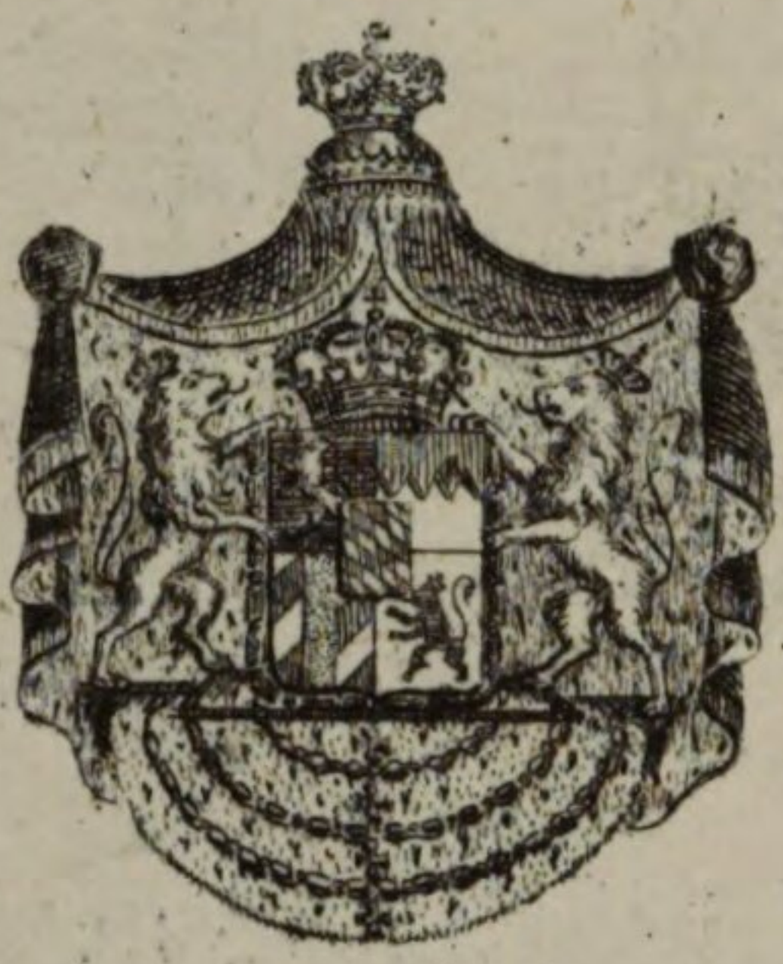
Germ

715

Seeger



BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Ausführliche Erläuterung

des

Pfand- und Prioritätsgesetzes

für das

Königreich Würtemberg

von

Karl August Friedrich Seeger,

Rechtskonsulenten zu Stuttgart.

Erster Theil.

Stuttgart und Tübingen,
in der J. G. Cotta'schen Buchhandlung.
1825.

Wd-
1 fo. D

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorrede.

Gerne hätte ich meine ganze Bearbeitung des neuen Gesetzes auf einmal erscheinen lassen, allein eine zweckmäßige Erläuterung zu dem pragmatischen Theile des Unterpfandsgesetzes war vor der Bekanntmachung der Instruktion nicht wohl möglich und ebenso wenig schien es mir rathsam, den ersten Theil noch lange zurückzuhalten.

Ich muß nun vor Allem bemerken, daß es nicht in meiner Absicht lag, ein eigentlich gelehrtes Werk zu schreiben, — diß wäre auch wohl über meine Kräfte gegangen, — sondern es war mir hauptsächlich darum zu thun, den Geschäftsmännern, besonders auch denen, welche ihre Kennt-

nisse mehr durch Erfahrung gesammelt haben, die Anwendung des neuen Gesetzes zu erleichtern.

Zu diesem Zwecke suchte ich den Geist des Gesetzes durch allgemeine Betrachtungen und geschichtliche Entwicklungen darzustellen, seine einzelnen Bestimmungen theils in sich, theils aber auch aus dem übrigen Rechtssysteme zu erläutern, — weil selbst dem gebildeteren Juristen nicht immer alle Rechtssätze gegenwärtig sind, — und so viel möglich die einzelnen Fragen, welche bei der Anwendung des Gesetzes entstehen könnten, zu erörtern. — Der theoretisch gebildete Jurist wird bei dem Standpunkte, von dem ich ausgieng, Manches finden, was ihm sehr geläufig ist. Diß war nicht zu vermeiden und ich bedaure nur, daß es doch vielleicht in einzelnen Lehren nicht möglich war, für jeden Leser ganz verständlich zu werden.

Ein bedeutender Theil meiner Aufgabe war ferner, zu erforschen, inwieferne die Bestimmungen des bisher geltenden Rechtes auch jezt noch in Anwendung kommen. Ich habe mich bemüht,

die nun veralteten Rechtssätze von den noch geltenden unter Angabe der Gründe zu scheiden, und die lezteren mit den Bestimmungen des neuen Gesetzes in Verbindung zu bringen.

Die Darstellung des gemeinen Rechtes geschah meist in gedrängter Kürze, aber unter nachhelfender Verweisung auf Gesetze und bekannte Schriftsteller, besonders auf das Pandektensystem meines innig verehrten Lehrers des Herrn Hofraths Thibaut.

Die Schwierigkeiten der Bearbeitung eines ganz neuen Gesetzes wird der billig Denkende nicht verkennen und ich fühlte dieselbe so sehr, daß ich wohl kaum mit meinem Werke öffentlich aufgetreten wäre, wenn nicht Herr Direktor von Schwab und Herr Obertribunalrath von Bolley, welche dasselbe vor der Beförderung zum Drucke durchzugehen die Güte hatten, ihm im Ganzen ihre Billigung ertheilt und geäußert hätten, daß nach ihrer Ansicht der Geist des Gesetzes richtig aufgefaßt sey. Einige Stellen habe ich auf ihren Rath

abgeändert und erlaube mir, ihnen hier für die meinem Manuscripte gewidmete Aufmerksamkeit öffentlich zu danken.

Indessen bin ich überzeugt, daß meine Arbeit immer noch viele Mängel hat und bitte um nachsichtige Aufnahme derselben.

Einige bedeutendere Fehler, welche sich eingeschlichen haben, sind am Ende des Bandes bemerkt.

Stuttgart, den 3. Oktober 1825.

S.

Berichtigungen.

Seite 4. Anm. **) Lin. 2. lies exercit. ſtatt: med.
— 42. Lin. 19. sane gehört weg.
— 71. Lin. 11. lies scribit ſtatt: scripsit.
— 73. Lin. 17. lies offerretur ſtatt: offeretur.
— 95. Anm. 5. Lin. 2. lies derſelbe ſtatt: dieſelbe.
Lin. 8. lies welchen ſtatt: welche.
— 127. Lin. 23. l. Rechtswohlthaten ſt.: Rechtsthaten.
— 215. lezte L. l. wegen der Umſtände ſt.: die Umſtände.
— 247. Lin. 12. lies gewahrt ſtatt: gemacht.
— 353. Anm. 23. Lin. 14. lies paßt ſtatt: paß.
— 372. Anm. 8. Lin. 1. 2. l. ruhenden ſt.: übertragenen.
— 384. Anm. 1. Lin. 2 lies extincto ſtatt: extincta.

Einleitung.

In einem jeden Staate, hauptsächlich aber da, wo der Ackerbau die erste Quelle des Erwerbs ausmacht, sind der Landmann und der Kapitalist einander höchst nothwendig. — Jener bedarf des Geldes des lezteren, um sein Grundvermögen umzutreiben, dieser des Güterbesitzers, um einen Ertrag seines Geldes zu gewinnen.

Das unbewegliche Grund-Eigenthum wird durch den Umlauf des Geldes gewissermaßen beweglich gemacht, und die an sich todte Münze wird durch ihre Verwendung zu landwirthschaftlichen Zwecken lebendig und fruchtbringend *).

Damit aber der Kapitalist sein Geld ruhig hingeben könne, muß seine Forderung auf dem Grundbesitze des Empfängers gesichert seyn und dafür, daß diese Sicherheit unter möglichster Schonung des leztern und des allgemeinen Verkehrs erreicht werde, zu sorgen, ist eine der ersten Pflichten des Gesetzgebers **).

So wichtig indeß diese Aufgabe ist, so schwierig ist sie auf der andern Seite, wie schon die mannichfachen Wechsel und Irrthümer früherer, selbst der besten Gesetzgebungen hinlänglich beweisen.

Unsere frühesten Vorfahren kannten wohl nur das Faustpfand, durch welches ein dingliches Recht an der Sache des

---

*) Mehmel in der baier. Stände-Versammlung 1822. Bd. II. S. 317.

**) v. Aretin ebendas. S. 113.

Schuldners bewirkt wurde, und die Pfändung, indem man sich in gewissen Fällen der in dessen Eigenthum befindlichen Sachen mit Gewalt bemächtigte. Jedenfalls hatte der Pfandinnhaber das Recht, die in seinem Gewahrsam befindliche Sache zu benützen *).

Dieses Faustpfandrecht erhielt sich auch in späterer Zeit. Der Pfandinnhaber durfte jedoch die Sache nicht gebrauchen, und verlor mit dem zufälligen Untergange derselben seine Forderung, wogegen, wenn er dieselbe veräußerte, der Eigenthümer sie von dem dritten schuldlosen Besitzer nicht zurückfordern konnte, was sich auf die deutschen Rechtsgewohnheiten über Beweis gründet **).

Im späteren Mittelalter ließ sich der Darleiher auch auf unbewegliche Güter versichern, aber nicht in Form einer Verpfändung, sondern in Form eines Verkaufs unter der Bedingung der Wiedereinlösung, oder indem er sich auf einem Gute des Schuldners einen jährlichen Zinns bestellen ließ ***), woraus der Rentenkauf entstand, welcher um so mehr beibehalten wurde, als sich die Zinnsverbote des kanonischen Rechtes nicht darauf bezogen.

---

*) Hasse in Savigny's Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft I. 1. S. 37. Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgeschichte I. §. 61. Desselben Einleitung in das deutsche Privat-Recht §. 119. Runde, Grundsätze des deutschen Privat-Rechts. §. 221. folg. Selchow elem. jur. germ. §. 577. Vergl. auch Bolley, die Lehre von den öffentlichen Unterpfändern §. 12.

**) Eichhorn d. St. und R. Gesch. II. §. 361. Einl. in das d. P. R. §. 169. 170. Hasse in Savigny's Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft I. 1. No. 2. Sachsenspiegel I. 6. 7. 8. II. 160. III. 5. 22. Schwabenspiegel Art. 247.

***) Eichhorn, St. u. R. Gesch. II. §. 361. a. III. §. 450. Einleit. in das d. Pr. R. §. 105. Runde, §. 203. Selchow am angef. Ort. Pütter elem. jur. germ. §. 605. folg.

Als Deutschland geldreicher wurde *), oder wohl besser, als man anfieng, das römische Recht kennen zu lernen, welches ausgebildete Hypotheken hatte, so wurde die Anwendung derselben bald häufig **).

Allein es erhielt sich dabei etwas, und hat sich zum Theil bis auf unsere Tage erhalten, was die Römer gar nicht, oder wenigstens nicht in diesem Sinne kannten, die Oeffentlichkeit der Hypotheken.

Schon in den frühesten Zeiten konnte in Deutschland das Eigenthum an Grundstücken nicht anders, als durch gerichtliche Auflassung, d. h. durch eine feierliche Erklärung des Uebertragenden im Volksgerichte (echte Ding), symbolische Tradition und den Ausspruch des Richters erworben werden. — Diese Auflassung, welche ihren Ursprung theils in den Gesetzen vom Beweis, theils vielleicht daher hat, daß das in der Mark gelegene Grundeigenthum gemeinschaftlich war ***) und deshalb auch nur unter öffentlicher Autorität von einer Hand in die andere kommen sollte, gab dem Erwerber den Beweis der Erwerbung, Sicherheit der Vertretung, Eviktionsleistung und das Recht der eigenen Gewehre. — Die Form der öffentlichen Uebertragung des Grundeigenthums änderte sich später, aber das Wesen derselben blieb, und an die Stelle der Auflassung in der Versammlung der Markgenossen trat eine Verhandlung vor geschlossenem Gerichte und der Eintrag in öffentliche Bücher, was sich bis auf die neuesten Zeiten erhalten hat †).

---

*) Pütter l. c. §. 624.

**) Eichhorn St. u. R. Gesch. IV. §. 564. Einleit. in das d. Pr. R. §. 186.

***) Eichhorn's Rechtsgesch. I. 199., Einleit. in das d. Pr. Recht. §. 166. Derselbe über den Ursprung der städtischen Verfassung in Deutschland in Savigny's Zeitschr. I. 8. p. 153 — 156.

†) J. H. Böhmer de praerogat. hypothec. publicarum Cap. II. §. 3. seq. Eichhorn's Rechts-Gesch. I. §. 59. II. 358. III 450. IV. 564.

Erinnern wir uns nun, daß die ersten Pfandverträge, wenn man sie so nennen will, in Form eines Verkaufs mit Wiederkauf geschlossen wurden, so müssen wir es natürlich finden, daß auch dieses Geschäft öffentlich, im echte Ding und später vor Gericht vorgenommen wurde. — Als nun die eigentlichen Hypotheken aufkamen, so übertrug man auf die Bestellung derselben die nämliche Form und machte sie auf diese Weise zu öffentlichen in einem ganz andern Sinne, als die Römer diß gekannt haben.

So hätte das deutsche Pfandrecht schon früher eine gewisse Stufe der Vollkommenheit erreicht, wenn nicht das römische Recht mit aller Macht hereingebrochen wäre, und, wie viele andere vaterländische Rechtsgewohnheiten und Einrichtungen, so auch diese zum größten Theile verdrängt und unterdrückt hätte.

So verwickelt und widersprechend diese Gesetzgebung in ihren Bestimmungen über das Pfandrecht zu uns kam, so einfach und dürftig war sie in ihrer Entstehung.

Den Anfang machte, wie natürlich das Faustpfand *). So kömmt gleich anfangs die pignoris capio vor, indem der Staat, um gewisse Strafrechte gegen die Bürger auszuüben, bewegliche Güter derselben in Beschlag nahm, und die fiducia, ein Vertrag, wodurch man sich die Zurückgabe einer zum Pfande gegebenen beweglichen Sache ausbedung **). Später ist schon das jus

---

Einleit. in das d. Pr. R. §. 172. 173. Runde §. 259. Weishaar Handb. des württemb. Priv. Rechts II. §. 115. folg. Landrecht Thl. II. Tit. 13. §. 1. S. 279.

*) l. 238. §. 2. de V. S. (50. 16.) Merz diss. de vera indole divisionis hypothecarum in generales et speciales (praes. Schrader) Tubingae. p. 10.

**) Pauli receptae sent. II. 13. Hugo Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts §. 208. I. H. Böhmer med. ad pand. Vol. 3 p. 844. Mühlenbruch doctr. pand. Hal. 1824. Vol. II. §. 415.

praediatorum, indem sich der Staat bei Kontrakten mit einzelnen Bürgern durch Bürgen (praedes) oder auf Grundstücke (praedia) versicherte, welche er anfangs in Besitz nahm, später aber sich bloß zuschreiben ließ *). Hieran mag sich nach und nach die eigentliche Hypothek angeschlossen haben. — Es scheint, daß man nun die versicherten Häuser mit Tafeln bezeichnet habe **), wobei jedoch ohne Zweifel auch die Uebergabe des Gutes an den Gläubiger zum Fruchtgenusse vorkam ***). Wahrscheinlich waren es anfangs nur einzelne Grundstücke, welche auf diese Weise zum Pfand gegeben wurden. Es finden sich aber bald darauf Spuren von Hypotheken auf das ganze Vermögen des Schuldners †). Indeß dehnte sich auch diese General-Hypothek ursprünglich nur auf die gegenwärtigen und nicht auf die künftig zu erwerbenden Güter des Schuldners aus, wenn dies nicht ausdrücklich bedungen war. — Erst Justinian verordnete, daß sich jede Generalhypothek auch ohne ausdrückliche Verabredung auf die zukünftigen Güter so gut, als auf die gegenwärtigen erstrecken solle ††).

Unter den Kaisern wurde überhaupt die Pfandgesetzgebung immer mehr verdorben. Sie hatte ihre eigentliche Ausbildung in der Blüthezeit des römischen Volkes nicht erreicht und mußte, wie sich immer die Gesetze an den Geist der Zeit mehr oder weniger anschließen, in dessen Sinken unter der Herrschaft der Willkühr und einer fast unbegreiflichen Mischung von legislatorischer Härte und Weichheit die größten Auswüchse erhalten.

---

*) Inscriptio l. 54. D. de jure dot. (23. 3.)

**) l. 20. D. de injuriis (47. 10.) l. 2. C. ut nemo priv. (2. 16.) l. i. 2. C. ut nemini liceat (2. 17.) N. 17. Cap. 15. N. 28. c. 5. §. 1. N. 164. pr. c. 1.

***) l. 33. D. de pign. act. (13. 7.)

†) Merz diss. p. 20. l. i. pr. l. 15. D. de pign. (20. 1.)

††) l. 6 — 9. D. de pign. (20. 1.) l. 7. §. 1. D. qui potiores (20. 4.) l. fin. C. quae res pignori (8. 17.) Merz diss. p. 9. 10.

Unter den Kaisern entstanden die gesetzlichen oder stillschweigenden Pfandrechte *). Zu Hadrians Zeit erhielt der Verpächter eines Grundstückes ein gesetzliches Pfandrecht auf die Früchte, unter Mark Aurel der Darleiher auf das mit seinem Gelde wieder erbaute Haus **), unter Septimius Severus der Fiskus für die Abgaben oder Verbindlichkeiten aus Kontrakten ***).

Leo that wieder einen Schritt zum Bessern. Die von ihm erlassene l. 11. C. qui potiores in pign. (8. 18.) enthält eine Vorschrift über den Vorzug der öffentlichen, d. h. der von öffentlichen Personen verfertigten, oder von drei Zeugen unterschriebenen Pfandbriefe. — Ob dieser Vorzug der öffentlichen Schuldverschreibungen schon früher statt gefunden habe und Leo's Verordnung eine bloß korrektorische, oder ein wirklich neues Gesetz sey, darüber sind die Rechtsgelehrten uneinig. Hofaker †) nimmt das erstere an, und glaubt, daß der gegebene Vorzug sich bloß auf den vollständigen Beweis über die Zeit der Ausfertigung der Schuldurkunde gründe, welche Behauptung sich insofern rechtfertigen läßt, als er den nämlichen Vorzug auch den testamentarischen, gesetzlichen und andern in Hinsicht der Zeit vollständig bewiesenen Pfandrechten einräumt.

Sey dem aber, wie ihm wolle, so entstand dadurch nicht die deutschrechtliche Oeffentlichkeit der Verpfändungen.

Nach dem römischen Gesetze war es bloß um den Beweis

---

*) Westphal, Versuch einer system. Erörterung der sämmtl. röm. Gesetze vom Pfandrechte §. 104.

**) l. i. in quib. causis pign. (20. 2.)

***) l. 6. l. 21 — 28. de jure fisci (49. 4.)

†) Secretan Diss. de praerogativa pignorum publicorum Tub. (praes. Hofaker.) Ebenso Volley a. a. O. §. 7. fg. Vergleiche jedoch Löhr im civilistischen Archiv Bd. VI. Heft 1. No. 6. Ausführlich hat diesen Gegenstand auch behandelt I. H. Böhmer de praerogativa hypothecarum publicarum. C. 1. in Exercit. Vol. III.

der Verpfändung, nach den deutschen aber ist es um die Aufsicht der Gerichte und die öffentliche Sicherheit der Rechte, namentlich des Gläubigers zu thun *).

Unter den spätern Kaisern vermehrten sich noch die gesetzlichen Unterpfänder, so daß sich allmählig eine Rechtsungewißheit bildete, welche mit dem Geiste der übrigen römischen Gesetzgebung in einem schneidenden Kontraste steht, und welcher der halblegislatorische Justinian durch Erschaffung der meisten privilegirten Unterpfänder endlich die Krone aufsezte **).

In diesem Zustande wurde das römische Pfandrecht unserem Vaterlande aufgedrungen.

Die Privathypotheken, die stillschweigenden, selbst die privilegirten Pfandrechte wurden aufgenommen, und nur hie und da, z. B. in den Niederlanden, und einzelnen größern Städten, wie Ulm, Reutlingen, Rothweil, Eßlingen, schw. Gmünd ꝛc., hielt man fest an dem Grundsatze der Oeffentlichkeit. — In andern Theilen von Deutschland galten die Privathypotheken neben den öffentlichen, diese hatten jedoch einen Vorzug vor jenen. So in Würtenberg, nachdem die Verordnung der beiden ältern Landrechte:

„daß die Verpfändung liegender Güter nicht anders gültig seyn solle, als wenn sie in das Gerichtsbuch eingeschrieben würde —"

durch das dritte und lezte Landrecht Thl. II. Tit. 7. §. 3. wieder aufgehoben worden war. Zwar wurden die öffentlichen Pfandrechte auch jezt noch den Privatpfandrechten vorgezogen, aber derselbe Vorzug wurde auch den gleichsam öffentlichen des römi-

---

*) Hofaker l. cit. §. 27. Mühlenbruch doctrina pandectarum II. §. 418.

**) l. 27. C. de pignoribus (8. 14.) l. i. C. si propter pensit. publ. (4. 46.) l. 12. C. qui potiores (8. 18.) Nov. 91. c. 1. N. 97. c. 3. 4.

schen Rechtes zu Theil, bis sie ihn endlich im vorigen Jahrhunderte verloren *).

Allein auch damit wurde wenig gewonnen, denn immer noch traten den öffentlichen Pfandgläubigern die privilegirten entgegen und nahmen die bestellten Pfänder weg, so daß fast bei jedem Konkurse öffentliche Pfandgläubiger durchfielen, oder der frühere schadete dem späteren, weil er mit einer Generalhypothek versehen war, und sich wegen geschehener Veräußerung oder des unzureichenden Werthes der ihm speciell verpfändeten Güter an das übrige Vermögen des Schuldners hielt, in welchem die dem späteren öffentlichen Gläubiger verpfändeten Vermögensstücke begriffen waren. Selbst zu der Zeit der Bestellung schon hatte der Generalpfandgläubiger keine Sicherheit dafür, daß die ihm verpfändeten Güter frei seyen, denn wenn auf denselben ein dem Gerichte nicht bekannter Eigenthumsvorbehalt ruhte, so mußte das Pfandrecht demselben weichen.

Die Bestellung der Generalhypotheken ferner erschwerte entweder den Verkehr, indem der Schuldner die generell-verpfändeten Vermögensstücke niemals veräußern konnte, oder sie nöthigte ihn, gegen die Vorschrift des Gesetzes durch solche Veräußerungen sich Luft zu machen. Die Privatunterpfänder endlich verloren beinahe alle Wirkung, indem ihnen auch noch die oft sehr bedeutenden gesetzlichen vorgiengen, und sie waren in der Regel nichts, als eine Täuschung des Gläubigers mit falschen Hoffnungen. Dennoch hatten sie die furchtbare Wirkung, daß Niemand mehr auf eine sichere Weise ein Eigenthum erwerben konnte, denn wenn man schon Jahr lang im Besitz eines durch Kauf oder Tausch ꝛc. erworbenen Gutes war, so konnte man durch einen Dritten, welcher eine von dem früheren In-

---

*) Gen. Rescr. d. 24. Juli 1620. Gerstlachers Sammlung I. S. 138. G. Rescr. d. 19. Merz 1736. Gerstl. I. S. 50. Vergl. Bolley a. a. O. S. 22. 23. und über das Nähere der würtemb. Verordnungen ebendas. S. 180. folg.

haber privatim ausgestellte Pfandverschreibung vorzeigte, genöthigt werden, ihm entweder das Gut zu überlassen, oder seine Forderung zu bezahlen, und nicht immer konnte man mit einer Rückforderung an den früheren Eigenthümer das Seinige wieder erhalten.

Auf der andern Seite waren auch sogar die privilegirten Pfandrechte nicht einmal gesichert, denn wenn der Schuldner wegen eines Vergehens in Untersuchung kam, oder der Ortsvorstand dessen Steuerrest Jahre lang aufwachsen ließ, so konnten diese Rückstände, oder die Untersuchungskosten leicht die ganze Masse verschlingen *).

Hier konnte nicht durch einzelne Verordnungen geholfen, es mußten kräftigere Maßregeln ergriffen und ein neues, besseres Ganze nach einem durchgreifenden Plane errichtet werden.

Ein Pfandrecht bezieht sich entweder auf eine bewegliche, oder auf eine unbewegliche Sache. In dem ersten Falle wird der Gläubiger durch die Uebergabe der verpfändeten Sache in seinen Gewahrsam hinlänglich gedeckt, und die Regeln über das Faustpfand können somit einfach seyn, indem es genügt, über die Entstehung des Faustpfandes, hauptsächlich in Hinsicht auf den Beweis des darüber abgeschlossenen Vertrags und über die Fortdauer desselben einige Bestimmungen zu geben.

Bei der Verpfändung unbeweglicher Güter dagegen kann eine Besitzergreifung von Seiten des Gläubigers meistens nicht statt finden, es muß bei dem bloß unsichtbaren Rechte, bei der Hypothek (dem Unterpfande) sein Bewenden haben, und die Gesetze über das Unterpfand müssen daher ganz andere seyn, als die für das Faustpfand gegebenen. Dort schüzt der Gläubiger sein Recht gewissermaßen selbst, hier muß es von dem Staate geschüzt werden, dort ist die übergebene Sache von we-

---

*) Vergl. den Bericht des ständischen Ausschusses, Erste Abtheilung des dritten außerordentlichen Beil. Hefts der ständischen Verhandl. von 1823 u. 1824. S. 99. folg.

nigem Werthe für den allgemeinen Verkehr, hier bildet sie einen bedeutenden Gegenstand desselben; das Faustpfandwesen hat wenig, das Unterpfandwesen großen Einfluß auf den Kredit der Einzelnen.

Es ist daher für den Staat von größter Wichtigkeit und für den Gesetzgeber eine hohe Aufgabe, dafür zu sorgen, daß die bestellten Unterpfänder den Gläubigern Sicherheit gewähren, und diese in ihren dadurch erworbenen dinglichen Rechten unter möglichster Schonung des Schuldners geschüzt sind, und hiezu Einrichtungen zu treffen, durch welche eine Vertrauen erweckende Sicherheit für den allgemeinen Verkehr, besonders in Beziehung auf liegende Güter begründet wird.

Mit diesen nothwendigen Erfordernissen einer Gesetzgebung für das Recht der Unterpfänder lassen sich aber viele der bisherigen Einrichtungen, namentlich die allgemeine Hypothek, die privilegirten und einfachen gesetzlichen Pfandrechte die Privatverpfändung und deren Wirkungen gegen Dritte nicht vereinigen.

Vielmehr kann etwas Gutes nur durch Aufstellung und strenges Festhalten zweier denselben entgegengesezten Hauptgrundsätze erreicht werden, nämlich des Grundsatzes der Oeffentlichkeit und der Specialität.

1) Der Grundsatz der Oeffentlichkeit spricht sich allgemein genommen in folgenden Bestimmungen aus:

a) Das Recht der Unterpfänder, deren Erwerb, Erhaltung und Erlöschen wird unter die Aufsicht des Staates, oder der in seinem Namen thätigen Behörden gestellt. Nur unter Mitwirkung derselben kann ein Unterpfand erworben werden.

b) Das von der öffentlichen Behörde gehaltene Unterpfandsbuch bildet die Grundlage für das ganze Unterpfandswesen, und von dem Eintrage in dasselbe hängt das Bestehen jedes Unterpfandes ab. Es giebt also keine soge-

nannten Privathypotheken, keine stillschweigenden Pfandrechte mehr.

Diesen Regeln gemäß wird der Beweis für die Erwerbung eines Unterpfandes und des damit verbundenen Zeitvorzuges unmittelbar durch den öffentlichen Eintrag begründet, und diß hat unter anderem die wohlthätige Folge, daß Betrügereien, wie sie bisher zuweilen durch Zurückdatirung der Pfandverschreibungen statt fanden, verhütet werden. Der Gläubiger erhält Gewährleistung dafür, daß die ihm verpfändeten Gegenstände wirklich vorhanden seyen, und daß sie hinreichen, um ihn für seine persönlichen Ansprüche sicher zu stellen; die Erhaltung seines dinglichen Rechtes ist unter die Aufsicht der Behörde gestellt, und es steht ihm frei, dieselbe auf den Ersatz des Schadens zu belangen, welcher ihm etwa durch deren Pflichtversäumniß zugeht.

c) Für das Erkenntniß der Behörde und den Eintrag des Unterpfandes bilden die denselben zu Gebote stehenden öffentlichen Bücher und Urkunden einen Hauptstützpunkt. Wer nach diesen Eigenthümer eines Gutes ist, wird auch bei Vornahme einer Unterpfandsbestellung dafür angesehen.

d) Nur diejenigen Rechte, welche in den öffentlichen Büchern aufgezeichnet sind, können in der Regel ein erworbenes Unterpfand schmälern, oder entkräften, und später erworbene, namentlich Unterpfandsrechte, stehen den früher erworbenen nach, so daß bei dem Zusammentreffen mehrerer Unterpfänder auf eine Sache lediglich die Zeit über deren Vorzug entscheidet. Hierauf gründet sich die Festigkeit des erworbenen Rechtes und die möglichste Sicherheit des Gläubigers, daß er dasselbe durch die ihm unbekannten Ansprüche Dritter nicht wieder verlieren werde.

e) Das Unterpfandsbuch selbst und alle anderen öffentlichen Bücher sind öffentlich der That und nicht bloß dem Na-

men nach. Wer ein Unterpfand erworben hat, oder erwerben will, so wie Jeder, welcher ein Interesse dabei nachzuweisen vermag, kann die Einsicht jener Bücher ansprechen, um sich zu überzeugen, ob der Verpfänder eines Gutes wirklich Eigenthümer desselben ist, ob die Einträge in Ordnung sind, ob nicht andern Personen schon dingliche Rechte daran zustehen, ob und welche Lasten überhaupt auf den Gütern eines Mannes ruhen, und ob es rathsam ist, in Rechtsverhältnisse mit demselben als Gläubiger zu treten, oder ein gewisses Gut von ihm zu erwerben, ohne einer Pfandklage darauf ausgesezt zu seyn. Dies nennt man Oeffentlichkeit im engern Sinne des Worts.

2) Der Grundsatz der Oeffentlichkeit des Unterpfandswesens kann nicht durchgeführt werden ohne Specialität. Diese besteht darin, daß ein Unterpfand immer auf bestimmte, genau bezeichnete Güterstücke eingetragen wird, und daß die Schuldsumme selbst, für welche die Pfandbestellung geschieht, bestimmt angegeben seyn muß. Die Generalhypotheken, oder die allgemeine und unbestimmte Verpfändung alles gegenwärtigen, oder des gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens hört auf, gültig zu seyn.

Der Unterpfandsbehörde wird es nämlich nur dann möglich, über die Sicherheit, welche eine Pfandbestellung geben soll, zu erkennen, wenn sie weiß, auf welche Güter dieselbe sich erstrecken, und für welchen Betrag die Güter haften sollen, wenn sie ferner mit Gewißheit erforschen kann, welche Schuldsummen bereits darauf gelegt sind. Sie kann über die Erhaltung der erworbenen Unterpfandsrechte nur alsdann wachen, wenn die verpfändeten Güter genau aufgezeichnet werden.

Ueberdiß sind die weiteren Vortheile, welche aus dem Grundsatze der Specialität für den Gläubiger und Schuldner entstehen, von höchster Wichtigkeit.

Wenn ein Schuldner auch dieses, oder jenes Gut verpfän-

det, so kann er, sobald dessen Werth die bestimmt angegebene Schuldsumme hinreichend übersteigt, dasselbe auf eine befriedigende Weise für ein weiteres Anlehen zur Sicherheit anbieten, er kann über seine andern Güter so frei verfügen, wie zuvor, und hätte er auch sämmtliche Güter verpfändet, so trifft doch die Pfandlast wenigstens diejenigen nicht, welche er später erwirbt.

Der Richter kann dem einzelnen Pfandgläubiger durch Veräußerung seines Unterpfandes Befriedigung verschaffen, ohne befürchten zu müssen, daß er dadurch die Rechte anderer Gläubiger verletze, folglich ohne zu einem Aufrufe derselben gedrungen zu seyn, während bei allgemeinen Hypotheken die kleinste Schuld einen Konkursprozeß herbeiführen kann *).

Da ferner die Veräußerung eines verpfändeten Gutes immer mit Schwierigkeiten verbunden ist, so kann es für den Verkehr im Staate nicht anders als wohlthätig seyn, wenn die Pfandlast nur auf einer so großen, nicht aber auf einer größern Masse von Gütern haftet, als zu voller Sicherheit des Gläubigers nothwendig ist.

Auf diesen Grundsätzen beruhen die schon früher in Preussen **), Oesterreich ***), Frankreich †) und Baiern ††) erschienenen Pfandgesetze †††).

---

*) Ausschußbericht S. 118. folg.

**) Hypothekenordnung vom 20. Dec. 1783. Landrecht Theil II. Tit. 5.

***) Landtafel (oder Grundbuch) von 1758 an nach und nach eingeführt. (Vergl. Gönner Komm. S. 32.) Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die österreichischen Staaten. 1811.

†) Code civil. Liv. III. Tit. 18. Ueber die Geschichte dieses Gesetzes vergl. Zachariä Handbuch des französischen Civilrechtes. Bd. II. §. 195. not. 7.

††) Hypothekengesetz für das Königreich Baiern 1823.

†††) Hiezu kommt nun noch das in Bd. II. Tit. 20 des Entwurfes eines allgemeinen Gesetzbuches für das Königreich der Niederlande enthaltene Hypothekenrecht, welches den Generalstaaten den 21. Oktober 1824.

Neben denselben tritt nun das unsrige auf, gewiß ohne eine Vergleichung mit ihnen scheuen zu dürfen. Die allgemeinen Grundsätze sind die nämlichen, während in der weiteren Entwicklung derselben Abweichungen vorkommen, welche theils dem Scharfsinn und praktischen Blicke der dabei thätigen Männer ihre Entstehung verdanken, theils auf den besondern Güterverhältnissen und administrativen Einrichtungen beruhen.

Das Pfandgesetz theilt sich in die Lehre von den Unterpfändern und die von den Faustpfändern.

An dasselbe schließen sich mehrere andere Gesetze an, welche mit ihm in nothwendiger Verbindung stehen:

1) Das Prioritätsgesetz, d. h. der Innbegriff gesetzlicher Bestimmungen darüber, in welcher Ordnung die Gläubiger mit ihren Forderungen im Konkurse befriedigt werden sollen. Dieses Gesetz weist auch den Unterpfands- und den Faustpfandgläubigern ihre Stelle an und mildert für manche Personen und Verhältnisse die nothwendige Strenge des Pfandgesetzes.

---

vorgelegt wurde. (Journal de Bruxelles 1824. No. 310—12.) Unter diesen Gesetzen ist vielleicht das französische das wenigst gute, denn nach demselben wird zwar das Daseyn der Hypotheken durch den Eintrag in die öffentlichen Bücher und ihr Rang durch die Zeitordnung bedingt, das erworbene Unterpfand kann nicht durch einseitige Veräußerungen verloren gehen, und es wird bei dem Eintrage eine der Summe nach bestimmte Forderung verlangt. (Art. 2134. 2146. 2147. 2166. 2167. 2182. 2196. Vergl. Zachariä Handbuch §. 214). Allein es sind doch in diesem Gesetze manche Mängel, unter welchen die Hauptzwecke nicht anders als nothleiden können. (Mittermaier im Archive für civil. Praxis Bd. VI. Heft 1. S. 12, 13.) Dahin gehört namentlich ein theilweises Fortbestehen der Generalität (Art. 2122. 2123. 2129.), ferner das Erlöschen des eingetragenen Unterpfandes durch den Ablauf von zehen Jahren, die vielen den Unterpfändern vorgesezten Privilegien, die erste Bestellung des Unterpfandes ohne Mitwirkung der Behörde, der spätere Eintrag der Unterpfänder für Frauen und Minderjährige mit rückwirkender Kraft und der Mangel an einer sichern Regreßklage gegen die Behörde. Art. 2095. 2102—5. 2154. 2194. Zachariä §. 202. 207.

2) Das Einführungsgesetz, dessen Bestimmung es ist, den Uebergang vom Alten zum Neuen nicht nur zu ordnen, sondern auch möglichst zu mildern und zu erleichtern.
3) Ein Nebengesetz, welches besondere Bestimmungen für einige mit dem Unterpfandswesen in naher Verbindung stehenden Verhältnisse enthält *).

Schon am 11. März 1820. wurde in der Kammer der Abgeordneten ein Antrag auf ein neues Pfandgesetz angekündigt und später wiederholt in Erinnerung gebracht.

Nachdem der Beschluß der Regierung festgestellt war, dasselbe auf den Grundsätzen der Specialität und Oeffentlichkeit aufzuführen **), erhielt der damalige k. Obertribunalrath, nun Direktor von Schwab den Auftrag, einen Entwurf auszuarbeiten. Dieser Entwurf wurde vor der Eröffnung des Landtages von 1823 — 24. dem ständischen Ausschusse mitgetheilt, welcher darüber an die Ständeversammlung Bericht erstattete. Demungeachtet wurde nach einer langen Debatte beschlossen, das Gesetz zu einer nochmaligen Begutachtung an eine Kommission zu verweisen ***), welche den 27. April 1824. gewählt wurde und den 4. und 10. Juni ihre Berichte ablegte †).

Die Berathung begann den 9. Juni, wurde in den folgenden Tagen bis zum 18. Juni fortgesezt und das Resultat

---

*) Hiezu kommt noch das Exekutionsgesetz, welches aber Gegenstand besonderer Verhandlungen war, und auf welches sich die vorliegende Arbeit auch nicht erstreckte.

**) Bei den vorbereitenden Arbeiten waren hauptsächlich der k. Präsident von Georgii und der Präsident der Kammer, Dr. Weishaar thätig. Welchen wohlthätigen Einfluß der letztere auch bei der weitern Bearbeitung des Gesetzes hatte, zeigen die Verhandlungen.

***) Verhandl. der Kammer der Abgeordn. in den Jahren 1823 u. 24. Heft V. S. 2 — 17.

†) Heft IX. S. 661. 746. Berichterstatter war über das Pfandgesetz selbst der k. Obertribunalrath v. Bolley. Die Verdienste, welche sich dieser

derselben in den Anträgen der Kammer mit einer Adresse vom 21. Juni der Regierung vorgelegt *). Die Antwort hierauf wurde den 3. Juli vorgetragen **) und auf den Grund derselben die sämmtlichen Gesetze den 7. Juli unter der Bitte, daß die Entwürfe nach deren definitiven Redaktion den versammelten Ständen, oder falls diß nicht mehr möglich wäre, der ständischen Kommission vorgelegt werden möchte, angenommen ***).

Somit wäre denn ein neuer Schritt für die vaterländische Gesetzgebung gethan, und in die Stelle eines gerade in dieser Hinsicht verdorbenen und schädlichen Gesetzes treten reinere und hoffentlich Gedeihen bringende Grundsätze.

Man darf indessen nicht glauben, daß nun die Anwendung des römischen, oder überhaupt des bisher geltenden gemeinen Rechts auf pfandrechtliche Verhältnisse ganz aufhöre. Sie werden auch jetzt immer noch darauf Einfluß haben und zwar aus mehr als einem Grunde.

Einmal steht ein jeder Theil des Rechtssystems in inniger Verbindung mit dem andern, sie üben einen wechselseitigen Einfluß unter sich aus und keiner kann von dem andern ganz getrennt werden. Das Erbrecht, das Familienrecht, das Recht der Verträge, die Lehre von dem Eigenthum, von den Dienstbarkeiten, von dem Pfandrechte müssen sich nothwendig gegenseitig ergänzen, wenn nicht jede ein vollkommenes, in sich abgeschlossenes Rechtssystem bilden soll, was in jeder Beziehung unmöglich ist.

Gelehrte bei dieser Arbeit erworben hat, sind bereits allgemein bekannt, und jede nähere Prüfung der Verhandlungen kann dieselbe in den Augen eines Jeden nur erhöhen.

*) Verhandl. Heft IX. S. 719. flg. X. S. 757. flg. 836. flg. 857. folg. XI. S. 911. folg. 945. folg. 978. folg. 997. folg. XII. S. 1065. folg.

**) Heft XV. S. 1548.

***) Heft XVII. S. 51. 53. Die Mittheilung an die Kommission geschah den 27. Januar 1825. und hatte die Folge, daß in formeller Hinsicht noch Manches geändert wurde.

Sodann kann auch die Anwendung der römischen Grundsätze über das Pfandrecht selbst nicht ganz umgangen werden, da nicht nur unser Gesetz derselben in mancher Beziehung ausdrücklich Raum giebt, sondern auch am Schlusse nur diejenigen bestehenden allgemeinen und besondern Rechtsgrundsätze für aufgehoben erklärt, welche seinen Bestimmungen entgegen seyen*).

Das römische Recht wird also auch künftig noch wenigstens theilweise bei der Entscheidung pfandrechtlicher Verhältnisse benüzt werden müssen.

Eine andere Rechtsquelle werden wohl authentische Erklärungen, wird endlich der Gerichtsgebrauch bilden, denn es ist nicht möglich, ein Gesetz zu geben, dessen Anwendung auf jeden vorkommenden Fall unzweifelhaft wäre, und die Erklärungen des Gesetzgebers sowohl, als der Gerichtsgebrauch sind es, welche solche Lücken auszufüllen haben.

Der erste Entwurf mit den Motiven, die Anträge und Berichte des Ausschusses und der Kommission, die Anträge der Kammer, die Entschließungen der Regierung und die Adresse über die Annahme des Gesetzes sammt Beilage sind in dem dritten außerordentlichen Beilageheft, 1ster u. 2ter Abtheilung enthalten.

*) Art. 260.

Pfand-Gesetz.

Wilhelm,

von Gottes Gnaden König von Würtemberg.

„In Erwägung der allgemein gefühlten Mängel der bisherigen so vielfältig verwickelten Gesetzgebung über das Pfandwesen, und im Betrachte des hieraus sich ergebenden dringenden Bedürfnisses, dem Privatcredit eine festere Stütze durch ein auf einfacher und richtiger Grundlage beruhendes neues Pfandsystem zu geben, haben Wir Uns bewogen gefunden, die bestehenden gesetzlichen Normen über diesen wichtigen Gegenstand einer durchgreifenden Revision zu unterwerfen.

Wir verordnen und verfügen nunmehr nach Anhörung Unseres Geheimen Rathes und unter Zustimmung Unserer getreuen Stände, wie folgt:

Einleitung.

Art. 1.

Das Pfand ist ein auf einer fremden Sache haftendes (dingliches) Recht, welches einem Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung eingeräumt wird.

Dasselbe ist entweder ein Unterpfand (Hypothek), oder ein Faustpfand.“

Es giebt zwei Hauptarten von Pfandrecht, das Unterpfand (Hypothek), wenn der Gläubiger ohne Uebergabe der zu verpfändenden Sache ein (unsichtbares) Recht auf dieselbe erhält und das Faustpfand, wenn ihm die Sache in seine Hände gegeben wird.

Die verschiedenen neueren Gesetzgebungen weichen in den Bestimmungen der Begriffe, obwohl im Allgemeinen einverstanden, mehr oder weniger von einander ab.

Der französische Gesetzgeber nennt im Allgemeinen nantissement denjenigen Vertrag, vermöge dessen der Schuldner dem Gläubiger eine Sache zur Sicherheit für seine Forderung übergiebt; ist dieselbe beweglich, so findet das eigentliche Faustpfand (gage) ist sie unbeweglich, so findet das Nutzungspfand (antichresis, antichrès) Statt (1). Hypothek wird das dingliche Recht auf eine unbewegliche Sache genannt, welche dem Gläubiger für die Bezahlung seiner Forderung haftet: un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation (2).

Das baiersche Gesetz hat nur die Definition der Hypothek, als desjenigen dinglichen Rechtes, welches ein Gläubiger zur Sicherheit für seine Forderung auf eine fremde unbewegliche Sache durch Eintragung in das dafür angeordnete Buch erwerbe (3). Dagegen umfaßt das preußische Gesetz die Hypothek und das Faustpfand in dem Begriffe des dinglichen Rechtes, welches Jemanden auf eine fremde Sache zur Sicherheit seiner Forde-

---

(1) Code civil Art. 1071. 1072. Zachariä §. 194.

(2) Art. 2114. Die nämliche Begriffsbestimmung enthält der Entwurf des niederländischen Gesetzes. Sect. 1. Art. 1. Dieser Entwurf schließt sich überhaupt dem franz. Gesetze am nächsten an.

(3) Hypothekengesetz §. 1.

rung eingeräumt worden und vermöge dessen er seine Befriedigung selbst aus der Substanz dieser Sache verlangen könne (4).

Die wesentlichen Eigenschaften des Pfandrechtes sind überall dieselben.

1) Das Pfandrecht ist ein dingliches Recht, ein Recht also, welches nicht nur gegen den Schuldner, sondern auch gegen jeden dritten Besitzer der verpfändeten Sache verfolgt werden kann (5).

2) Jedes Pfandrecht sezt das Daseyn einer Forderung voraus, es ist daher, wie man sagt, accessorischer Natur.

Es muß also eine Forderung vorhanden seyn, denn nach unserem, wie nach jedem andern Gesetze soll das Pfandrecht Sicherheit geben für eine vorhandene Forderung, — ein Pfandrecht ohne Forderung läßt sich daher nicht denken. Es wird indeß nicht erfordert, daß eine Forderung gerade unbedingt und gegenwärtig sey, indem, wie wir später sehen werden, auch für eine bedingte, zukünftige Forderung ein Pfand bestellt werden kann.

Eben so ist es nicht nothwendig, daß der Gläubiger, dem ein Pfand bestellt wird, seine Forderung gerade gegen denjenigen habe, welcher ihm das Pfand bestellt hat, denn man kann das Pfand auch für eine fremde Schuld bestellen (6).

Es kömmt ferner nicht darauf an, ob eine Forde-

---

(4) Landrecht Theil 1. Tit. 20. §. 1.

(5) Pignoris persecutio in rem est. l. 18. C. de pign. (8. 14.) Donellus ad tit. 14. lib. 8. Cod. l. 18.

(6) l. 5. §. 2. D. de pign. (20. 1.) Dare autem quis hypothecam potest sive pro sua obligatione, sive pro aliena. Wehning-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. München 1824. Bd. II. §. 126.

rung, für welche ein Pfand bestellt werden soll, klagbar ist, oder nicht. Auch für eine natürliche Verbindlichkeit, auf deren Erfüllung nicht durch eine Klage gedrungen werden kann, gestatten die Gesetze eine Pfandbestellung, jedoch so, daß das Pfandrecht der nämlichen Beschränkung, wie die Forderung selbst unterworfen, also nicht klagbar ist (7).

Daran knüpft sich, daß zwar wenn die Hauptforderung erlischt, das Pfandrecht auch aufhört, daß es aber in dem Falle fortdauert, wenn die Hauptforderung bloß aufhört, klagbar zu seyn, worinne denn die Erklärung von

l. 2. C. de luct. pign. (8. 31.) „Intelligere debes vincula pignoris durare actione personali submota“

liegt.

3) Das Pfandrecht geht auf eine fremde Sache, denn Niemand kann für eine Forderung durch seine eigene Sache befriedigt, also durch deren Verpfän-

---

(7) l. 5. pr. l. 14. §. 1. eodem. Weber von der natürl. Verbindl. §. 107. A. M. ist über die Klagbarkeit des Pfandrechts Wehning a. a. O., allein ohne daß die l. 2. D. qu. res pign. (20. 3.) für ihn bewiese. In diesem Gesetze wird in Betreff der Wirksamkeit eines von einem Dritten für die Schuld eines Haussohnes bestellten Pfandrechtes auf die Regeln verwiesen, welche von der Bürgschaft für die Schuld eines Haussohnes gelten. Diese Bürgschaft aber begründet eine wirksame Klage, wenn sie donandi animo geschehen ist, außerdem kann die exc. Scti. maced. von dem Bürgen vorgeschüzt werden. Vergl. l. 9. §. 3. 4. 5. D. de Scto. macedon. (14. 6.) Derselbe Unterschied soll nun nach l. 2. cit. in Beziehung auf die Klagbarkeit jenes Pfandrechtes statt finden, so daß dieselbe, wenn sie eintritt, nicht auf der natürlichen Hauptverbindlichkeit, sondern auf einer besondern Verbindlichkeit des dritten Pfandstellers beruht.

dung auch nicht gesichert werden. Diß ist indeß nur dahin zu verstehen, daß keinem Gläubiger diejenigen Rechte auf eine Sache verpfändet werden können, welche er schon hat. — Es kann daher Jemanden auf die ihm nicht zustehende Nutznießung seiner eigenen Sache recht wohl ein Pfand bestellt werden (8). Hat umgekehrt der Gläubiger die Nutznießung einer Sache, welche an sich in dem Eigenthume des Schuldners ist, so kann ihm dieser die Sache selbst, die Substanz verpfänden.

4) Die verpfändete Sache soll als Befriedigungsmittel für die Forderung dienen. Es versteht sich, daß es dahin nur kömmt, wenn der Schuldner den Gläubiger nicht aus freier Hand bezahlt. Dieser Grundsatz, welcher nach unserm Gesetze eine ausgedehnte Anwendung findet, war in dem Entwurfe besonders ausgedrückt, liegt aber schon in den Worten „zu Sicherheit seiner Forderung."

5) Das Pfandrecht ist untheilbar (pign. noris causa est individua), d. h. die verpfändete Sache haftet in ihrem ganzen Umfange, bis die versicherte Forderung völlig getilgt ist (9). Daher kömmt es, daß wenn eine mit Pfandrecht versicherte Forderung eines Erblasser's in mehrere Theile vererbt wird, die ganze verpfändete Sache jedem Erben so lange haftet, bis er für seinen Antheil befriedigt ist, mögen auch die andern Erben früher befriedigt worden seyn (10), und daß im umgekehrten Falle, wenn Mehrere eine verpfändete Sache erben, der Antheil jedes einzelnen Erben daran, wenn er auch seinen Schuldtheil

---

(8) l. 11. §. 2. D. de pign. (20. 1.).

(9) l. 6. C. de distr. pign. (8. 28.) l. 2. C. debitorem vend. pign. (8. 29.)

(10) l. 1. C. si unus ex plur. hered. (8. 32.) l. 11. §. 4. D. de pign. act. (13. 7.)

berichtigt, dennoch nicht eher von der Pfandlast frei wird, als bis der Gläubiger auch von den andern Erben völlig befriedigt ist (11).

6) Gegenstand des Unterpfandes kann nur eine unbewegliche, Gegenstand des Faustpfandes auch eine bewegliche Sache seyn.

Durch diese Bestimmung unterscheidet sich unser Gesetz, wie alle neueren hauptsächlich von dem römischen Rechte, nach welchem ein Unterpfand (Hypothek) auch auf eine bewegliche Sache erworben werden kann. Jener Grundsatz schließt sich eng an die der Oeffentlichkeit und Specialität an und dient mit dazu, dem neuen Pfandrechte eine ganz andere Gestalt zu geben.

Das Unterpfand entsteht durch den Eintrag in das Unterpfandsbuch, wogegen das Faustpfand auf Privatübereinkunft beruhen kann.

Unterpfand ist demnach das dingliche Recht, welches einem Gläubiger auf eine fremde, unbewegliche Sache zur Sicherheit für seine Forderung vermöge gerichtlichen Eintrages in das Unterpfandsbuch bestellt wird; das Faustpfand aber das dingliche Recht, welches der Gläubiger von dem Schuldner zu dem nämlichen Zwecke durch Uebergabe einer Sache erhält.

Verschieden von dem Pfandrecht ist das Retentionsrecht, welches darinne besteht, daß ein Gläubiger die ihm für eine gewisse Forderung verpfändete und übergebene Sache so lange zurückhalten kann, als ihm der Verpfänder auch noch aus einem andern Grunde et-

---

(11) l. 65. D. de evict. (21. 2.) l. 1. C. de luit. pign. (8. 31.) l. 2. C. si unus (8. 32.) l. 16. C. de distr. pign. (8. 28.) Vergl. Wehning §. 125.

was schuldig ist (12), ohne daß er sie jedoch verkaufen darf (13).

Das Retentionsrecht nämlich, welches bekanntlich auch in vielen andern Verhältnissen vorkömmt, wird zwar mit dem Pfandrechte verglichen (14), aber doch immer als ein geringeres Recht davon unterschieden (15).

Endlich ist die Antichrese etwas von dem eigentlichen Pfandrechte, ob sie gleich in der Regel ohne dasselbe nicht eintritt, Verschiedenes. Sie besteht darinne, daß vermöge besonderen Vertrags der Gläubiger anstatt der Zinnszahlung für seine Forderung den Genuß einer ihm übergebenden fruchtbringenden Sache hat (16).

---

(12) l. 8. §. 5. D. de pign. act. (13. 7.) l. 8. D. in quib. caus. (20. 2.) l. 22. C. de usur. (4. 32.) l. un. C. etiam ob chirogr. pec. (8. 27.)

(13) Wehning §. 152. a. M. ist Thibaut §. 648.

(14) l. 13. §. 8. D. de act. emt. (19. 1.) l. 15. §. 2. D. de furt. (47. 2.) l. 22. D. hered. vel act. vend. (18. 4.) l. 31. §. 8. de aedil. ed. (21. 1.) l. 5. D. de dote præleg. (23. 4.)

(15) l. 1. pr. de pign. (20. 1.) l. 1. C. si alien. res (8. 16.) Vergl. Gesterding S. 3. 4.

(16) l. 33. de pign. act. (13. 7.) l. 11. §. 1. de pign. (20. 1.) Vergl. Thibaut §. 653.

„Erste Abtheilung.

Von Unterpfändern.

Erster Titel.

Von dem Rechte der Unterpfänder.

Erstes Kapitel.

Allgemeine Bestimmungen.

Art. 2.

Ein Unterpfand kann nur durch Mitwirkung der Obrigkeit und mittelst obrigkeitlicher Eintragung in das Unterpfandsbuch bestellt werden.“

Es wird nun zuerst die Lehre von den Unterpfändern abgehandelt, welche den wichtigsten Theil dieser neuen Gesetzgebung ausmacht, und da sie auf ganz veränderte Grundsätze gebaut ist, der ausführlichsten Entwicklung bedurfte.

Bei der Darstellung dieser Lehre konnte der Gesetzgeber zwei verschiedene Wege wählen. Er konnte nach Vorausschickung der allgemeinsten Grundsätze über das Wesen der Unterpfänder vorerst von deren Erwerbung und der Behandlungsweise dabei ausführlich handeln, hierauf zu der Entwicklung der Rechte und Verbindlichkeiten übergehen, welche aus dem einmal erworbenen Unterpfandsrechte entstehen und mit der Lehre von dem Erlöschen der Unterpfänder schließen. Auf diese Weise wären der theoretische und pragmatische Theil des Gesetzes verschmolzen worden.

Der andere Weg war, beide zu trennen, in dem ersten Theile die Grundsätze von dem Rechte der Unterpfänder vorzutragen, die Bedingungen für deren Erwerb und Verlust nur im Allgemeinen anzugeben, und die eigentlichen Bestimmungen über die Behandlung vorkommender

Fälle, das Formelle, in den zweiten Theil zu verweisen. — Ein Vorzug der ersten Behandlungsweise läge darinne, daß sich die Darstellung dem Gange und der Entwicklung der Rechtsverhältnisse und somit dem Leben näher anschlösse, wogegen es schwer wäre, einzelnen besondern Lehren ihre Plätze anzuweisen. Unklarheit, unbequeme Verwicklungen und wohl auch Wiederholungen wären nicht zu vermeiden, und somit scheint die zweite Darstellungsweise, welche gewählt worden ist, den Anforderungen der Gesetzgebung besser zu entsprechen. — Sie findet sich auch in dem baier'schen Gesetze, und in Preußen gieng die Hypothekenordnung selbst der Zeit nach voraus, während dagegen in dem französischen Gesetzbuche die Lehre von dem Rechte der Unterpfänder mit der über die Behandlungsweise derselben vermischt ist (1).

Es werden nun in unserem Gesetze die allgemeinsten Grundsätze über das Wesen der Unterpfänder vorgetragen und als erste und wesentlichste Bedingung für das Daseyn derselben wird vorangestellt, daß ihre Bestellung durch Mitwirkung der Obrigkeit und mittelst obrigkeitlicher Eintragung in das Unterpfandsbuch geschehen müsse.

Hierinne besteht die eigentliche Grundlage des ganzen Gesetzes. Die Stände hatten auf den Antrag der Kommission vorgeschlagen, folgenden Satz hinzuzufügen:

„Würde das Unterpfand in das Hypothekenbuch nicht eingetragen, so ist es schlechterdings nichtig, selbst wenn von der Obrigkeit ein Hypothekenschein ausgestellt worden seyn sollte."

---

(1) Die Kapitel von dem Eintrage und der Löschung der Hypotheken gehen der Lehre über die Wirkungen derselben gegen Dritte voraus. Code civil L. III. Tit. 18. Chap. 4 — 6.

Die Kommission äußerte nämlich in ihrem Berichte, daß es nothwendig seyn werde, diß im Gesetz besonders auszudrücken, da man in Würtemberg bis jezt ganz andere Ansichten hierüber gehabt habe.

Die Regierung erwiederte hierauf, daß dieser Satz eine nothwendige Folge der in dem Gesetzesentwurfe bereits enthaltenen Bestimmungen sey, und daher keiner besondern Bestimmung bedürfe (2).

Auf welche Weise die Behörde bei der Unterpfandsbestellung mitzuwirken habe, welche Behörde hiezu berufen sey, und wie der Eintrag in das Unterpfandsbuch geschehen müsse, wird theils in Art. 47, theils in dem pragmatischen Theile bestimmt.

„Gegenstand des Unterpfands.

Art. 3.

Gegenstand der Unterpfands-Bestellung sind unbewegliche Sachen und Rechte, welche den Immobilien gesetzlich gleich kommen.

Außerdem können bewegliche Dinge, welche Zugehörungen von Immobilien sind, so lange sie diese Eigenschaft haben, verpfändet werden. (Vergl. Art. 51.)

Art. 4.

Forderungen, sie mögen durch Unterpfänder versichert seyn oder nicht, können nur Gegenstand eines Faustpfandes seyn; vorbehaltlich jedoch der in gegenwärtigem Gesetze zur Sicherheit des Verkehrs mit Hypothekarforderungen ertheilten besondern Bestimmungen."

So einfach die Bestimmung zu seyn scheint, daß

---

(2) Kommiss. Antr. IV. Bericht §. 4. S. 4. 5. Hauptanträge der Kammer Ziffer I. Beil. I. zu dem Geheimenrathsrescr. vom 2. Juli 1824, den Entwurf eines Pfandgesetzes betreffend. Zu Antr. I.

bloß unbewegliche Sachen und denselben gleichgesezte Rechte Gegenstand der Unterpfandsbestellung seyn können, so ist ihre Anwendung doch nicht ganz ohne Schwierigkeit und über den Satz selbst hat es bey Berathung des Gesetzes verschiedene Meinungen gegeben.

1) Unbewegliche körperliche Sachen können Gegenstand der Unterpfands-Bestellung seyn.

Hieher gehören solche Sachen, welche, wie Grundstücke gar nicht, oder welche wie in dem Boden gegründete Gebäude nicht ohne Zerstörung von der Stelle gebracht werden können (1). Ist also ein Gebäude so über dem Boden aufgeführt, daß es ohne Schaden wieder weggenommen werden kann, so ist es nicht zu den unbeweglichen Sachen zu rechnen. Dahin gehören namentlich solche Hütten oder Schupfen, welche dazu eingerichtet sind, daß sie nach gemachtem Gebrauche abgebrochen, und an einem andern Orte wieder aufgeführt werden können.

2) Auf eine Gesammtheit von beweglichen Sachen, welche in gewisser Hinsicht zu den unbeweglichen gerechnet wird, kann kein Unterpfand bestellt werden.

Bekanntlich werden in gewisser Hinsicht mehrere Gesammtheiten von beweglichen Sachen als ein Ganzes angesehen und insoferne von den Rechtslehrern mit den unbeweglichen Sachen verglichen, universitates facti (2). Dahin gehören Bibliotheken, Waarenlager, Heerden u. s. w.

---

(1) l. 18. D. de act. emt. vend. (19. 1.) — „si stipites eorum in terram defossi sint, quod si supra terram sint, rutis et cæsis cedunt.“

(2) §. 18. J. de leg. (2. 20.) l. 1. §. 3. D. de R. V. (6. 1.) l. 15. pr. l. 34. D. de pign. (20. 1.)

Auf diese Sachen nun sollte schon nach dem Gesetzesentwurfe, mit dem die Sätze des Ausschusses übereinstimmten, kein Unterpfand bestellt werden können (3). Dagegen brachte der Abgeordnete Bolley die Bestimmung in Vorschlag, daß auf solche Sachen, welche wegen der Schwierigkeit der Verführung den unbeweglichen gleich geachtet werden, z. B. Apotheken eine Unterpfandsbestellung gestattet seyn solle. — Der Präsident bemerkte dagegen, daß bei dem Systeme des Pfandgesetzes nur dasjenige verpfändbar sey, was nicht ohne Mitwirkung des Richters verkauft werden könne. Nach einiger Berathung wurde wohl aus diesem Grunde der Vorschlag des Abgeordneten Bolley abgelehnt (4).

3) Bewegliche Nebentheile oder Zugehörungen einer unbeweglichen Sache können mit derselben, aber nur mit derselben verpfändet werden.

Das Gesetz bestimmt ganz in Uebereinstimmung mit dem frühern Entwurfe (§. 3.), daß bewegliche Dinge, welche Zugehörungen von Immobilien seyen, so lange sie diese Eigenschaft haben, sollen verpfändet werden können. Dem Worte nach könnte man diese Bestimmung dahin verstehen, daß solche Zugehörungen von unbeweglichen Sachen auch ohne diese und für sich allein sollen mit einem Unterpfande belegt werden können. Allein ich glaube, daß dieser Wortverstand hier nicht anzunehmen ist, und daß der Gesetzgeber die Unterpfandsbestellung auf bewegliche Nebentheile nur zugleich mit der Hauptsache zulassen wollte, und zwar aus folgenden Gründen:

a) Es ist nicht denkbar, daß der Gesetzgeber mit sol-

---

(3) Entwurf §. 3. Ausschußsätze I. 2. 5.

(4) Verhandlungen in der Kammer der Abgeordneten in den J. 1823 und 1824. Heft IX. S. 736 und 737.

chen beweglichen Nebentheilen einer unbeweglichen Hauptsache eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatze machen wollte, vermöge dessen nur unbewegliche Sachen Gegenstand der Unterpfandsbestellung seyn können.

b) Die Kammer trug auf den Vorschlag der Kommission darauf an, zu bestimmen, daß sich das Unterpfandsrecht auf diejenigen beweglichen Dinge, welche als besonders bezeichnete Zugehörungen von Immobilien mit verpfändet worden seyen, erstrecken solle. Wenn die Gesammtheit von beweglichen Sachen, welche die Zugehörung einer unbeweglichen ausmachen, mit dieser verpfändet sey, so sollen dem Pfandrechte alle die einzelnen, auch später erworbenen Sachen unterliegen, welche zur Zeit der Erhebung der Pfandklage jene Eigenschaft haben. — Die Regierung aber erkannte den leztern Grundsatz als richtig an, ohne gegen die von der Kammer gemachte Bedingung einer gleichzeitigen Verpfändung etwas einzuwenden (5).

c) In dem vorliegenden Art. 3. ist der Art. 51. erwähnt und in diesem finden sich ausdrücklich die Worte: Ist mit einer unbeweglichen Sache eine Gesammtheit von beweglichen Zugehörungen verpfändet u. s. f." und es ist wohl nicht zu bestreiten, daß diese beiden einander entsprechenden Artikel aus sich selbst wechselseitig zu erklären sind.

Der Art. 3. wird also dahin zu verstehen seyn, daß bewegliche Nebentheile einer unbeweglichen Sache zwar mit derselben verpfändet werden können, daß aber das Pfandrecht auf sie, als einzelne Dinge erlischt, sobald sie aufgehört haben, Zugehörungen der verpfändeten Hauptsache zu seyn.

---

(5) Antr. der Kommission VIII. c. Hauptantr. VI. c. Rescript zu Antr. VI.

4) Rechte, welche den Immobilien gesetzlich gleich geachtet werden, können im Allgemeinen Gegenstand einer Unterpfandsbestellung seyn, es giebt jedoch einige, auf welche diß nur eine bedingte, und andere, auf welche es gar keine Anwendung findet.

a) Zu den unbedingt verpfändbaren dinglichen Rechten gehören die dem Verpfänder zustehende Nutznießung eines unbeweglichen Gutes, oder die auf einem solchen ruhenden Reallasten, wie Gülten, Zehenten (6).

Nov. 7. praef. „— — aut mancipia rustica aut civiles annonas, nam haec inter immobilia sunt numeranda.“

l. 14. pr. C. de sacros. eccles. (1. 2.)

Landrecht Theil I. Tit. 75. §. „zum Andern“ S. 202. „Zum Andern, wann der obsiegend Schuldgläubiger von der fahrenden Haab nicht mag bezahlt werden, alsdann soll ihme des condemnirten Schuldner's liegende Güter auch anders so den liegenden Gütern nach Recht und Gewohnheit verglichen würdt (als Gülten, Landgarben und dergleichen) anzugreifen gestattet werden.“

b) Zu den dinglichen Rechten, welche nur bedingt verpfändet werden können, gehören Bannrechte, Gewerbsgerechtigkeiten, und Servituten.

aa) Bannrechte, vermöge welcher die Einwohner einer gewissen Gegend gezwungen sind, dieses oder jenes Bedürfniß von dem Besitzer eines gewissen Gutes ausschließlich zu beziehen, z. B. Mühlenzwang, Bierzwang (7), und Privilegien oder Gerechtigkei-

(6) Schweppe röm. Priv. Recht §. 85.
(7) Eichhorn deutsches Priv. Recht §. 183.

ten zu Ausübung eines Gewerbes, welche auf Grundstücken oder Gebäuden ruhen, z. B. Wirthschafts- oder Apothekegerechtigkeiten können auch ohne das Grundstück, auf welchem sie ruhen, verpfändet werden, jedoch nicht unbeschränkt.

Gönner (8) bestreitet die Verpfändbarkeit solcher Rechte ohne das Grundstück selbst ganz, weil sie nicht ohne dasselbe veräußert werden können. Allein abgesehen davon, daß die Uebertragung eines solchen Rechtes bisweilen mit höherer Genehmigung statt finden könnte, so lassen sich auch Fälle denken, in welchen das Unterpfand ohne eine solche Uebertragung seine volle Wirkung äußern kann. Ein Bannmüller entlehnt z. B. von der gebannten Gemeinde Geld und verpfändet ihr das ihm gegen sie zustehende Bannrecht. Ist er nun nicht im Stande, die Schuld, wenn sie fällig wird, heimzuzahlen, so kann es kommen, daß die Gemeinde die Befreiung von dem ihr bisher auferlegten Zwange an Zahlungsstatt erhält. Oder es haben zwei Personen ein gemeinschaftliches Haus mit einer Apothekegerechtigkeit, deren Ausübung aber nur dem Einen von ihnen zusteht. Dieser verpfändet seine Gerechtigkeit dem Andern für ein Anlehen, und der Darleiher kann sie bei mangelnder Zahlung auf sich übertragen erhalten. Wenn also gleich solche Rechte ohne das Grundstück, auf welchem sie ruhen, nicht veräußert werden können, so ist doch in manchen Fällen eine wirksame Verpfändung möglich.

bb) Die Dienstbarkeiten des römischen Rechtes werden ebenfalls, wenn sie auf einem Gute oder Gebäude ruhen, den unbeweglichen Sachen verglichen, allein man

wird

---

(8) Commentar über das Hypothekengesetz für das Königreich Baiern. München 1823. Bd. I. S. 120.

wird ebenfalls behaupten müssen, daß sie nur unter gewissen Beschränkungen Gegenstand des Pfandrechts seyn können.

Die Gesetze, auf welche man sich gewöhnlich bezieht, sind:

l. 11. §. 3. D. de pign. (20. 1.) Jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt; igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint.

l. 12. eod. „Sed an viae, itineris, actus, aquaeductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur; scilicet si vicinum fundum habeat, et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat. Quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.“

l. 16. D. de servitut. (8. 1.)

und auf diese Gesetze gründet Gesterding (9) die Annahme, daß zwar eine servitus rustica, nicht aber eine servitus urbana als Pfand bestellt, daß dagegen eine bereits constituirte Servitut niemals ohne das herrschende Grundstück verpfändet werden könne.

J. H. Böhmer (10) stimmt mit dem lezteren Satze überein, zeigt aber durch Gesetze (11), daß derselbe nur auf der Unzertrennlichkeit der schon bestehenden Ge-

---

(9) Pfandrecht S. 54. Ueber die Schuldverbindlichkeit als Objekt des Pfandrechts S. 18.

(10) Exerc. Tom. III. Exerc. 58. cap. 1. §. 8.

(11) l. 33. §. 1. D. de S. P. R. (8. 3.) l. 44. D. locati (19. 2.)

rechtigkeit mit dem herrschenden Grundstücke beruhe, daß l. 11. §. 3. cit. nur auf diesen Fall gehe, und daß daher in Beziehung auf die Bestellung einer noch nicht vorhandenen Servitut als Pfand kein Grund vorhanden sey, zwischen servitutes urbanae und rusticae zu unterscheiden, sondern daß eine pfandweise Bestellung beider zulässig sey.

Diese Ansicht scheint auch die richtige zu seyn, so daß es als zulässig erscheint, wenn ein Schuldner seinem Gläubiger eine servitus urbana oder rustica an der Stelle eines Unterpfandes bestellt.

Für den Fall dagegen, daß eine Servitut bereits vorhanden ist, wird eine Pfandbestellung auf dieselbe in der Regel nicht, wohl aber dann zulässig seyn, wenn die Verpfändung von dem Eigenthümer des herrschenden an den des dienenden Grundstückes geschieht, oder wenn sie vertragsmäßig gestattet wird.

c) Mit Unterpfändern versicherte Forderungen können nicht Gegenstand einer weiteren Unterpfandsbestellung seyn. — Der Entwurf des Gesetzes hatte die Bestimmung enthalten, daß auch auf öffentlich versicherte Aktivforderungen ein Unterpfand solle erlangt werden können. — Die Kommission glaubte aber, „daß es richtiger und zweckmäßiger sey, dieselbe nur als Gegenstand eines Faustpfands zu behandeln, nicht nur weil es herrschende Meinung der Rechtsgelehrten sey, daß persönliche Forderungen, wenn sie gleich durch Hypotheken gesichert seyen, zu den beweglichen Dingen gehören, sondern besonders weil wenigstens die Obrigkeit, in deren Hypothekenbuche die eingetragene Forderung laufe, selten in dem Falle wäre, über die Zulässigkeit einer solchen Forderung cognosciren zu können, endlich weil sich dann nicht absehen ließe, warum nicht auch Kassenkapitalien

das Objekt einer Hypothek seyn könnten (12). Der deßhalb von der Kommission gestellte Antrag, daß solche Forderungen nur Gegenstand eines Faustpfandes sollen seyn können, jedoch unter näheren, weiter unten zu erörternden (13), die Sicherheit des Verkehrs mit solchen Forderungen bezweckenden Bestimmungen fand die Billigung der Kammer und wurde auch von der Regierung genehmigt (14).

Es entsteht hier noch die Frage, ob nicht wenigsteus der Lehensstamm Gegenstand einer Unterpfandsbestellung werden könne, vorausgesezt, daß die andern bei Lehensverpfändungen erforderlichen Bedingungen eintreten. Diese Frage wird wohl dann zu bejahen seyn, wenn das Kapital so auf das Lehen gelegt worden ist, daß es auf demselben wie ein damit verbundenes Stammgut ruht. Denn in diesem Falle ist der Lehensstamm nicht bloß als eine versicherte Forderung, sondern gewissermaßen als ein Theil des Lehengutes selbst zu betrachten (15).

„Bedingungen der Verpfändbarkeit.

Art. 5.

Soll ein Vermögensstück verpfändet werden können; so muß es veräußerlich und im Eigenthum desjenigen seyn, welcher ein Unterpfand zu bestellen hat."

---

(12) Kommiss. Ber. §. 7.

(13) Vergl. Art. 72. 84. 88.

(14) Kommiss. Antr. VII. Hauptantr. V. K. Rescr. zu Antr. V. — Gönner (Comment. I. S. 118.) behauptet nach dem baierschen Gesetze, welches über diese Frage keine Bestimmung enthält, man müsse auf dasjenige sehen, was an einem Rechte das Principale sey; bestehe diß in einem persönlichen Rechte, dem ein Realrecht nur accessorisch zur Stütze diene, so sey es kein Gegenstand einer Hypothek, daher seyen hypothekarische Forderungen kein zur Hypothek taugliches Objekt.

(15) Vgl. Päz Lehrbuch des Lehenrechts §. 161.

Nachdem entwickelt worden ist, was unter dem Unterpfande verstanden werde, welches die wesentliche Bedingung seiner Entstehung sey, und auf welche Gegenstände es bestellt werden könne, geht nun das Gesetz zu Andeutung der nothwendigen Voraussetzungen über, unter welchen die Pfandbestellung überhaupt möglich ist.

1) Die Sache muß verpfändbar seyn. Da die äußerste Wirkung eines erworbenen Pfandrechtes immer die ist, daß die verpfändete Sache entweder in die Hände des Gläubigers, oder, um demselben seine Befriedigung zu verschaffen, in die eines dritten Käufers kommt, so können natürlich auch nur solche Gegenstände auf eine gültige Weise verpfändet werden, welche nach privat- oder staatsrechtlichen Bestimmungen dem Verkehre freigegeben und dem Erwerbe der Bürger nicht entzogen sind. Nun kann eine Sache dem Verkehre entweder ganz entzogen, ganz unveräußerlich, oder sie kann es nur zum Theile und zwar so seyn, daß sie nicht in den Besitz eines Jeden, nicht in den Besitz gewisser Personen kommen darf.

Ganz unveräußerlich, also auch unverpfändbar sind wenige Sachen (1), indem sie wegen ihrer öffentlichen oder religiösen Bedeutung (wie z. B. Begräbnißplätze) dem Verkehre entzogen sind (2). Außer Zweifel ist aber, daß nicht nur die Veräußerung, sondern auch die Verpfändung solcher Gegenstände nichtig und ungültig ist (3).

Als wichtiger könnte erscheinen, daß unbewegliche Güter nicht an einem Jeden sollen veräußert werden dürfen. So sollen

---

(1) l. 4. §. 1. D. famil. hercisc. (10. 2.)

(2) Vgl. Leyser medit. spec. 229. med. 6. Westphal. §. 128. Hoffacker princ. jur. rom. §. 743. 744.

(3) l. 1. §. 2. D. quae res pignori (20. 3.)

a) nach dem Landrechte II. 9. §. „ferner soll" S. 267. der Kastenordnung (in der großen Kirchenordnung S. 353.) und dem Generalrescripte vom 1566. (bei Gerstlacher Thl. I. S. 168.) „weder Manns- noch Frauenklöster, desgleichen kein Spital, noch Kirchenkasten einig Gut in dem Fürstenthum, das in den Beschwerden gelegen, erkaufen, ertauschen oder in andern Wege an sich bringen," was man das Verbot der Veräußerung an die todte Hand nennt.

b) Ferner sollen unbewegliche Güter nach der Landesordnung Tit. 17. §. 4. dem Generalrescripte vom 27. Jun. 1664. (bei Gerstlacher I. S. 165.) dem Landrechte II. 9. §.) „wir setzen ꝛc." (S. 267.) nicht an Ausländer veräußert und

c) nach der Landesordnung Tit. 27. §. 23. 24. nicht an Juden verpfändet werden (4).

Es fragt sich indeß, ob in den Fällen, wo die wirkliche Veräußerung unkräftig ist, nicht wenigstens die Verpfändung gültig sey, denn wenn der Gläubiger am Ende auch genöthigt ist, sich an die ihm verpfändete Sache zu halten, so kann er ja aus dem Werthe derselben Befriedigung erhalten, ohne Eigenthümer zu werden, oder zu bleiben. Damit scheint denn auch l. 24. D. de pign. (20. 1.) übereinzustimmen: „in quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohibetur," und die Analogie der würtemb. Gesetze selbst, indem in dem Generalrescripte von 1556 verordnet ist, daß wenn Güter an Klöster, Spitäler ꝛc. fallen, sie von diesen wieder veräußert werden sollen. Eben so gedenken Tit. 17. §. 6. der L. O., so wie das G. R. von 1644. des Falles der Verpfändung als erlaubt, und in dem G. R. vom 7. Juni 1798. (bei Kapf S. 481.) wird ausdrücklich verordnet, es solle bei

---

(4) Vgl. auch Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts Bd. VII. S. 243. 244.

Verpfändungen an Ausländern den Schuldscheinen „die ausdrückliche Klausel einverleibt werden: „daß einem solchen auswärtigen Gläubiger die ihm verhypothecirten Güter niemals als Eigenthum zuerkannt werden würden, sondern derselbe im Falle der Nothwendigkeit seine Bezahlung bloß von dem Werthe der gedachten Güter zu erwarten habe."

Zweifelhafter ist es, ob die Bestimmungen der Landesordnung, welche namentlich das Verbot der Verpfändung liegender Güter an Juden in sich schließen, als erloschen anzusehen seyen. Da indeß nach neueren Gesetzen selbst die Güterkäufe der Juden, wenn sie nicht zum Zwecke des Wiederverkaufs geschehen, erlaubt sind und die Verpfändung zum Verkaufe sich wie das Kleinere zum Größeren verhält, da endlich auch andere Theile jenes Titels der Landesordnung ihre Anwendung verloren haben, so wird wohl die richtigere Meinung die seyn, daß auch die Verpfändungen liegender Güter an Juden gültig seyen (5).

2) Die Sache muß in dem Eigenthume des Verpfänders seyn. Jede Verpfändung ist nach den Gesetzen als eine Art von Veräußerung anzusehen. Wenn nun eine Sache auch an sich veräußerlich ist, so gehört noch, damit eine vorzunehmende Veräußerung gültig sey, dazu, daß ein hinlänglicher Rechtsgrund des Ueberganges an einen Andern in dem Willen des Veräußernden liege. Dieser muß also ein solches Recht auf die zu veräußernde Sache haben, daß er frei darüber verfügen kann. Das Nämliche gilt nun bei Verpfändungen und da ein solches unbedingtes Verfügungsrecht nur dem Eigenthümer zukommt, so muß der Verpfänder das Eigenthumsrecht haben. Es wird jedoch zu Gültigkeit der Verpfändung nicht gerade ein volles Eigenthum gefordert, sondern nur ein sol-

(5) Vgl. Bolley von öffentl. Unterpf. §. 72.

ches Besitzrecht des Verpfänders, daß er die Sache im Laufe der Zeit durch die ordentliche Verjährung erwerben kann (6), in welchem Falle er auch dem wirklichen Eigenthümer verglichen und ihm die publicianische Klage gestattet wird (7).

Indeß kann eine solche Verpfändung nicht zum Nachtheile des wahren Eigenthümers gereichen, so daß, wenn er eine Eigenthumsklage anstellt und gewinnt, der Pfandgläubiger seines Rechtes verlustig wird (8). Daß jedoch auf der andern Seite nur derjenige als wahrer Eigenthümer in Rücksicht auf die Gültigkeit einer Verpfändung gilt, welcher als solcher in den öffentlichen Büchern genannt wird, ist klar in unserm Gesetze enthalten und wenn daher der Besitzer in gutem Glauben zugleich als Eigenthümer in den Güterbüchern zu der Zeit einer Verpfändung läuft, so kann dem Pfandgläubiger das erworbene Recht nicht mehr entzogen werden, wenn nachher auch ein Dritter seine Eigenthumsrechte auf das verpfändete Gut beweisen sollte (9).

Hinsichtlich der Zeit muß der Pfandbesteller in dem Augenblicke Eigenthümer der zu verpfändenden Sache seyn oder dafür angesehen werden können, da in Folge des gerichtlichen Erkenntnisses der Eintrag in das Unterpfandsbuch geschieht. Denn durch diesen Eintrag wird dem Gläubiger erst das Pfandrecht erworben. Wäre der Pfandbe-

---

(6) l. 3. §. 1. l. 7. §. 15. D. de publ. in rem act. (6. 2.)

(7) §. 4. J. de action. (4. 6.) l. 7. §. 6. D. de publ. act. (6. 2.) l. 15. §. 1. l. 18. D. de pign. (20. 1.) Leyser sp. 224. med. 3. 4. Derjenige also, der in gutem Glauben und unter einem gerechten Titel erworben hat und zugleich als Eigenthümer in die öffentlichen Bücher eingetragen ist, kann gültig verpfänden.

(8) l. 63. D. de re jud. (42. 1.)

(9) Hievon weitläufiger zu Art. 56 — 60. 64. folg.

steller daher auch früher Eigenthümer gewesen, hätte aber vor dem Eintrage in das Unterpfandsbuch es zu seyn aufgehört, so würde die Pfandbestellung ungültig seyn. Denn in der Einwilligung des Pfandbestellers liegt nur der Rechtsgrund für die Pfandbestellung, verliert er die rechtliche Fähigkeit zur Einwilligung vor dem Eintrage in das Unterpfandsbuch, so hört der Rechtsgrund der Pfanderwerbung durch diesen Eintrag auf, und erfolgte derselbe nachher, so geschähe diß ohne Rechtsgrund, was nothwendig Ungültigkeit zur Folge haben müßte.

Art. 6.

„Wenn das Eigenthum der zu verpfändenden Sache nicht dem Schuldner, sondern einem Dritten zusteht; so kann dieselbe nur mit Einwilligung des letzteren verpfändet werden. Eine ohne diese Einwilligung vorgenommene Verpfändung ist von Anbeginn ungültig und kann daher nicht zu Kräften kommen, wenn gleich in der Folge entweder der Schuldner das Eigenthum der Sache erlangt, oder der Eigenthümer den Schuldner beerbt.

Doch ist die Verpfändung eines Gutes, nach erfolgtem gerichtlichen Erkenntniß über einen das Eigenthum übertragenden Kontrakt (Art. 60.), noch vor der Vollziehung des lezteren zulässig.“

Die Bestimmungen dieses Artikels sind eine unmittelbare Folge des in dem vorhergehenden enthaltenen allgemeinen Satzes, daß nur die Eigenthümer einer Sache dieselbe verpfänden können. Obwohl derselbe schon gemeinrechtlich ist, so waren doch die davon gemachten Ausnahmen und die Anwendung auf einzelne Fälle höchst bestritten, und es kömmt unserem Gesetzgeber das Verdienst zu, die wichtigsten dieser Kontroversen geschlichtet zu haben.

Die allgemeine Regel ist, daß die Verpfändung eines fremden Eigenthumes keine Gültigkeit hat. Wenn A. das Gut des B. verpfändet, so ist diese Verpfändung ohne rechtliche Wirkung, sie ist als nicht vorhanden anzusehen.

Diese Regel hat nun aber ihre Ausnahmen, welche einer näheren Betrachtung bedürfen.

1) Eine Verpfändung fremden Eigenthumes kann gültig vorgenommen werden, wenn der Eigenthümer seine Einwilligung dazu giebt.

Diese Einwilligung macht die Verpfändung schon nach dem gemeinen Rechte (1) gültig, sobald nur der Eigenthümer die gesetzliche Fähigkeit hat, seine Einwilligung zu ertheilen, und unser Gesetz hat diesen Satz ausdrücklich wiederholt.

Von der stillschweigenden Einwilligung.

Nach dem römischen Rechte kann die Einwilligung auch stillschweigend ertheilt werden, oder vielmehr sie wird bißweilen vermuthet, wovon die Gesetze mehrere Beispiele geben. So heißt es in

l. 5. §. 2. D. in quib. caus. pignus (20. 2.):

„Si quis fidejubeat, cum res illius a debitore, pro quo fidejussit, pignori data sit, bellissime intelligitur, hoc ipso quod fidejubeat, quodammodo mandare, res suas esse obligatas.“

Wer sich für eine fremde Schuld verbürgt, zu deren Versicherung seine eigene Sache verpfändet ist, wird als in diese Pfandbestellung einwilligend angesehen, jedoch mit der Beschränkung:

„sane si postea sint res ejus hypothecae datae, non erunt obligatae.“

---

(1) l. 20. pr. D. de pign. act. (13. 7.)

Die Bürgschaftsleistung muß also nach der Unterpfandsbestellung, oder zugleich mit derselben geschehen, denn geschieht sie vorher, so läßt sich nicht mehr annehmen, daß der sich verbürgende Eigenthümer von der Verpfändung seiner Sache unterrichtet sey, also auch nicht, daß er seine Einwilligung dazu gebe (2).

Einen andern Fall enthält

l. 26. §. 1. D. de pign. (20. 1.)

Wenn ein Sohn auf Auftrag seines Vaters eine Schuldverschreibung ausfertigt, in welcher für des lezteren Schuld ein dem Sohne gehöriges Haus verpfändet wird, so soll es anzusehen seyn, als ob der Sohn durch diese Handlung seine Einwilligung in die Verpfändung des Hauses zu erkennen gegeben habe.

Daß aber dieses Beispiel nicht auf jeden andern und namentlich nicht auf den Fall der bloßen Anwesenheit des Eigenthümers bei der Verpfändung ausgedehnt werden darf, erhellt aus den Worten:

„sane cum sua manu pignori domum futuram Sejus scripserat, consensum eum obligationi dedisse manifestum est.“

und aus l. 39. D. de pign. act. (13. 7.) Auch wird man zu einer solchen Ausdehnung nicht durch

l. 12. D. de evict. (21. 2.)

berechtigt, indem nach diesem Gesetze die Erben nicht nur bei dem Verkaufe der gemeinschaftlichen Erbgüter anwesend gewesen waren, sondern auch ihren Antheil an dem Kaufschillinge empfangen hatten, also natürlich auch zur Gewährleistung verbunden waren (3).

---

(2) Westphal Versuch einer system. Erläuterung der sämmtlichen röm. Gesetze vom Pfandrechte. Leipzig 1791. §. 116. Not. 139.

(3) A. M. ist Bolley von öff. Unterpf. §. 39. Vergl. über die ganze Lehre Westphal §. 15. Besonders Not. 29.

Es dürfte überhaupt eine mißliche Sache seyn, auf die in den Gesetzen enthaltenen Beispiele eine andere Regel zu gründen, als die, daß die Einwilligung eines Eigenthümers in die Verpfändung seiner Sache zu vermuthen sey, wenn sein nicht bloß leidendes, sondern thätiges Bemühen der Natur der Sache nach zu diesem Schlusse leite (4).

Eine fernere Frage ist nun, ob diese Regel auf Pfandbestellungen nach unserem Gesetze noch anzuwenden sey. Es läßt sich aber keine hinreichende Ursache für die Verneinung derselben denken. Denn ob es gleich bisweilen mißlich seyn mag, daß die Gemeinderäthe eine Vermuthung für die Absicht einer Person auf deren Handlungsweise gründen können, so geht diß doch einmal aus einem gemeinrechtlichen Grundsatze hervor, welcher in unserem Gesetze nicht aufgehoben worden ist, und daher auch jezt noch Kraft haben muß. Nur versteht es sich von selbst, daß die Beispiele des römischen Rechtes bei dem Wesen des neuen Gesetzes nicht mehr unbedingte Anwendung finden können. Es wird vielmehr bei dem allgemeinen Satze sein Bewenden haben müssen, daß über die Einwilligung eines Eigenthümers in die Verpfändung seines Gutes auf eine gültige Weise ein Eintrag gemacht werden kann, wenn er diese Einwilligung der Unterpfandsbehörde, wenn auch nicht durch Worte, doch durch ein bezeichnendes Benehmen auf eine unzweifelhafte Weise zu erkennen gegeben hat (5).

---

(4) Denn nur in besondern Fällen kann ausnahmsweise aus dem bloßen Stillschweigen einer Person deren Einwilligung vermuthet werden. Thibaut Pand. Recht §. 138. Gesetze in Not. y. z.

(5) Einen mittelbaren Beleg für diese Sätze giebt Art. 224. Satz 3., worinne eine Ersatzverbindlichkeit der Unterpfandsbehörde ausgesprochen ist, wenn sie unrichtigerweise die Zustimmung von betheiligten Personen angenommen habe. Es scheint der Gesetzgeber hier vorauszusetzen, daß die

Von dem Eintrage der Einwilligung des Eigenthümers.

Wenn Jemand ein fremdes Eigenthum verpfändet, so ist es nach dem Bisherigen ein wesentliches Bestandtheil für die Gültigkeit der Verpfändung, daß der Eigenthümer dazu einwillige. Hieraus folgt, daß bei dem Eintrage der Pfandbestellung in das Unterpfandsbuch ausdrücklich bemerkt werden muß, daß der Eigenthümer seine Einwilligung gegeben habe, weil überhaupt jener Eintrag sich über alles dasjenige erstrecken muß, was für die Gültigkeit und den Bestand einer Verpfändung wesentlich ist.

Der Entwurf des Gesetzes, in welchem die Einträge, welche nach Beschaffenheit der Umstände in das Unterpfandsbuch gemacht werden sollen, aufgezählt sind, enthält namentlich die Vorschrift, daß in dem Falle, wenn ein Unterpfand auf fremdem Eigenthume bestellt werde, die gegebene Einwilligung des Eigenthümers durch Nachweisung angemerkt werden müsse (6). Die Aufzählung der einzelnen Fälle, in welchen besondere Einträge stattfinden müssen, ist in dem Gesetze selbst beinahe ganz unterblieben, allein der Grundsatz, daß über Alles, was zum Wesen des Geschäftes gehört, ein Eintrag gemacht werden muß, ist tief in dem Geiste des Gesetzes gegründet und findet hier ohne Zweifel seine Anwendung um so mehr, als das Gesetz in einem ganz ähnlichen Falle, wenn nämlich der Verpfänder nicht der Hauptschuldner ist, fordert, daß

Annahme der Zustimmung stattfinden könne, denn sonst würde er nicht wohl von einer unrichtigen Annahme sprechen. Indessen würde diese Stelle freilich nicht an sich allein zu Entscheidung der Frage dienen, sondern sie kann nur die andern Gründe verstärken.

(6) §. 132. Ziffer 7.

auch die Person des letzteren in dem Eintrage bezeichnet werde. (Art. 188.)

Dabei muß aber noch Folgendes bemerkt werden.

Erstens begründet es keine Nichtigkeit, wenn über die von dem Eigenthümer gegebene Einwilligung in dem Eintrage nichts enthalten ist, denn nur der Mangel eines Eintrages über die Pfandbestellung an sich bewirkt eine Nichtigkeit. Dieser Satz ist um so weniger zu bezweifeln, als das Gesetz nicht ausdrücklich vorschreibt, daß der Eintrag eine Bemerkung über die Einwilligung des Eigenthümers enthalten müsse.

Zweitens kann, wie hieraus von selbst folgt, in Ermangelung eines darauf gerichteten Eintrages, der Beweis, daß der Eigenthümer in die Verpfändung gewilligt habe, auf jede andere Weise geführt werden.

Drittens wird es umgekehrt dem Eigenthümer, dessen Einwilligung in das Unterpfandsbuch eingetragen ist, frei stehen, zu beweisen, daß der Gemeinderath seine Einwilligung ohne hinlänglichen Grund vermuthet und aufgenommen habe. Den der Eintrag giebt nur dafür, daß über die Pfandbestellung erkannt worden sey, einen unwiderleglichen Beweis (praesumtio juris et de jure), wogegen der Beweis der Falschheit des Eintrags, oder eines Betruges und dergl. nicht ausgeschlossen ist (7). Diß wird namentlich durch Art. 224. Ziffer 3. bestätigt, wo die Gemeinderäthe dafür verantwortlich gemacht werden, wenn unrichtiger Weise die Zustimmung von betheiligten Personen angenommen worden sey.

2) Die Verpfändung eines fremden Eigenthums kann dadurch gleich anfangs gültig

---

(7) Vergl. Art. 48.

werden, daß der Verpfänder in einem besondern persönlichen Verhältnisse zu dem Eigenthümer steht, wobei jedoch mannigfache Beschränkungen eintreten.

a) Bevollmächtigte können im Namen ihrer Gewaltgeber Verpfändungen vornehmen.

Diese Befugniß steht aber nicht jedem Bevollmächtigten zu, sondern nur demjenigen, welcher namentlich und ausdrücklich Gewalt erhalten hat, selbst Veräußerungen oder Verpfändungen liegender Güter vorzunehmen, oder dem, welchem zu der Unterpfandsbestellung auf ein gewisses Gut ein besonderer Auftrag gegeben worden ist (8). Die vermutheten Anwälte des Landrechts können also ohne besondere Vollmacht ein solches Geschäft nicht vornehmen.

b) Vormünder können die Güter ihrer Pfleglinge nöthigenfalls mit Vorwissen der Verwandten derselben und obrigkeitlicher Erlaubniß verpfänden.

Die Landesordnung (9) enthält hierüber Folgendes:

„— — fürnemlich ohne fürfallende Noth und sonder Vorwissen und Vergünstigung der Freundschaft, auch eines Gerichts vorgehende Erkenntnus und Erlauben solche eurer Pfleglinge liegende Güter, Rent, Zins und Gülten in keinem Falle verändern, beschweren, noch verkaufen.“

Später wurde dem Ausdrucke „ohne fürfallende Noth“ die Auslegung gegeben, daß eine solche Veränderung auch dann mit obrigkeitlicher Erlaubniß solle stattfinden können, wenn sie nach Beschaffenheit der Umstände für den

---

(8) Vergl. Art. 167.
(9) Tit. 34. §. 3.

Pflegling von Nutzen sey (10). Diese Verordnung ist auch in den Staat und Unterricht für Vormünder (11), in der königl. Verordnung für die Behandlung der Geschäfte der willkührlichen Gerichtsbarkeit in Amtsorten, welche keine ordentlichen Gerichte haben (12) und dem Edikte über die Einrichtung der Gerichtsnotariate wiederholt (13).

Die einwilligende Behörde ist bei Theilungen das Waisengericht, außerdem der Gemeinderath.

Durch diese Gesetze scheinen auch die meisten Ausnahmen des römischen Rechtes, in welchen den Vormündern Veräußerungen liegender Güter ohne obrigkeitliche Erlaubniß gestattet waren, aufgehoben zu seyn.

c) Eltern können das liegende Vermögen ihrer Kinder mit deren Einwilligung, wenn sie aber in väterlicher Gewalt sind, nur mit obrigkeitlicher Erlaubniß verpfänden.

Nach dem römischen Rechte ist den Eltern eine solche Veräußerung oder Verpfändung gestattet, wenn sie zu der Kinder Bestem gereicht, oder wenn die Eltern um ihres eigenen Unterhaltes willen dazu genöthigt sind (14). Unser Landrecht aber verordnet, daß

„so die Eltern ihrer Kinder Güter ohne deren Einwilligung versetzen, solche Verpfändung nichtig und kraftlos seyn solle (15).

---

(10) G. Resc. v. 12. Juli 1688 bei Gerstlacher Bd. I. S. 154.

(11) Vom 22. Juni 1776. Kap. III. §. 9.

(12) Vom 9. Juni 1808.

(13) Vom 29. August 1819. §. 5. Vergl. Stein über Vormundschaften. Stuttgart 1824. S. 109. 110. 111. 118. 244. 245. Weishaar Handb. des würt. Priv. Rechts §. 246.

(14) l. 8. §. 4. 5. C. de bon. qu. lib. (6. 61.)

(15) Theil II. Tit. 7. §. „So der Mann" S. 258.

Die Einwilligung der Kinder ist also erforderlich. Stehen sie aber unter der väterlichen Gewalt, so kann diese Einwilligung nicht genügen (16) und es wird zu einer jeden Verpfändung auch für den Vater (17) obrigkeitliche Erlaubniß nöthig seyn.

d) Der Ehemann kann zum Nutzen der ehelichen Gesellschaft (18) die gemeinschaftlichen, nicht aber die in dem ausschließlichen Eigenthume der Frau stehenden Güter ohne deren Einwilligung verpfänden.

Daß der Ehemann sein ausschließliches Eigenthum und also auch die unter dem Heurathsgute begriffenen Güter, welche ihm in einem Anschlage kaufweise (venditionis nicht taxationis causa) übergeben worden und also in sein Eigenthum übergegangen sind, unbedingt verpfänden kann, bedarf keiner Ausführung.

Zu der Verpfändung des unbeweglichen Beibringens der Ehefran gehört deren Einwilligung, während der Ehemann die Befugniß hat, die während der Ehe erworbenen und zu dem Errungenschaftsvermögen gehörigen Güter zum Nutzen der ehelichen Gesellschaft zu verpfänden (19). Dasselbe Recht hat er in Beziehung auf sämmtliche unter seiner Verwaltung stehenden Vermögensstücke, wenn er mit seiner Frau in allgemeiner Gütergemeinschaft lebt, wobei es der Frau jedoch freisteht, gegen eine offenbar schlechte

---

(16) Landr. Th. II. Tit. 28. §. „wir verbieten" S. 316.

(17) Weishaar Handb. §. 514. A. M. ist Bolley von öff. Unterpf. §. 58.

(18) Vergl. Art. 24. 25.

(19) Landr. Thl. II. Tit. 7. §. „So der Mann" S. 258. Lauterbach tract. de pign. s. hypoth. §. 19. Pfizer Rechte und Verbindl. der Weiber I. S. 236. Hoffacker princ. §. 459.

schlechte Verwaltung des Mannes Einsprache zu thun und nöthigenfalls die Behörden um Hülfe anzurufen (20).

3) Wenn über einen das Eigenthum eines beweglichen Gutes übertragenden Contrakt gerichtlich erkannt ist, so ist dem neuen Erwerber eine Verpfändung desselben auch vor der wirklichen Vollziehung des Kontraktes gestattet.

Diese Bestimmung wurde von der Kommission vorgeschlagen, indem solche Fälle sehr häufig vorkommen und namentlich gar oft zu Erwerbung eines Gutes Geld aufgenommen und dieses Gut verpfändet werde, wodurch bisher ein privilegirtes Pfandrecht entstanden sey. Der Zusatz wurde von der Kammer angenommen und von der Regierung genehmigt (21).

Der Fall, auf welchen diese Ausnahme von der Regel hauptsächlich Anwendung findet, ist der des Kaufes, indem dieser zwar durch das gerichtliche Erkenntniß stet und fest wird, das Eigenthum aber erst durch die wirkliche Uebergabe an den neuen Käufer kömmt. Dieser kann nun vor der wirklichen Vollziehung des Vertrages, das heißt vor der Uebergabe des Gutes ein Unterpfand bestellen. Es ist diß aber auch nach unserem Gesetze die einzige Ausnahme, wonach die bloße Aussicht auf den Erwerb eines

---

(20) Runde deutsch. Priv. Recht §. 606. Bolley von öff. Unterpf. S. 124. Pfizer I. §. 60. 72. 119. Kapf Samml. merkwürd. Rechtssprüche Ziffer 76. Eichhorn deutsch. Priv. Recht §. 306. Lauterbach D. de societ. bonor. conjug. p. 60. 61. — Vergleiche über diese Lehre Art. 23 — 26 und die Erläuterung dazu.

(21) Antr. der Kommission III. Bericht §. 3. Hauptantr. II. K. Rescr. zu Antr. II.

unbeweglichen Eigenthums zu einer Pfandbestellung darauf berechtigt.

4) In allen andern Fällen bleibt es bei der Regel, daß fremdes Eigenthum nicht gültig verpfändet werden kann und die weiteren Ausnahmen des römischen Rechtes finden keine Anwendung mehr.

Das gemeine Recht kennt nämlich noch mehrere Fälle, in welchen eine ohne Genehmigung des Eigenthümers vorgenommene Verpfändung einer Sache entweder gleich anfangs gültig ist, oder doch nachher Gültigkeit erhält.

a) Wenn der Eigenthümer weiß, daß seine Sache von einem Andern an dessen Gläubiger verpfändet wird und hiezu betrüglich schweigt, der Gläubiger aber nicht davon unterrichtet ist, daß es eine fremde Sache ist, auf welche ihm das Pfand bestellt wird, so ist die Pfandbestellung gleich anfangs gültig (22). Ebenso

b) wenn der Pfandbesteller zwar noch nicht Eigenthümer der zu verpfändenden Sache, der wirkliche Eigenthümer aber verbunden ist, sie ihm herauszugeben (23).

In beiden Fällen können diese Gesetze bei uns nicht mehr zur Anwendung kommen, indem sie der klaren Bestimmung des vorliegenden Artikels widersprechen. Unter den zweiten Fall läßt sich zwar die unter 3 angeführte Ausnahme stellen, daß ein Gut nach gerichtlichem Erkenntnisse vor der Vollziehung des das Eigenthum desselben übertragenden Vertrages von dem neuen Erwerber verpfändet werden könne. Allein diß ist lediglich eine singuläre Bestimmung unseres Gesetzes, welche ebendarum nicht auf den allgemeinen Satz des römischen Rechtes ausgedehnt werden darf.

---

(22) l. 2. C. si aliena res (8. 16.)
(23) l. 1. pr. D. de pign. (20. 1.)

c) Eine anfangs ungültige Verpfändung fremden Eigenthumes wird nach dem römischen Rechte bisweilen dadurch gültig, daß der Verpfänder nachher Eigenthümer wird. Wußte nämlich der Gläubiger früher nicht, daß die ihm verpfändete Sache dem Pfandbesteller nicht gehöre, so ist das Gültigwerden der Verpfändung keinem Anstande unterworfen, während es in dem Falle bestritten ist, wenn der Gläubiger wußte, daß die ihm verpfändete Sache dem Pfandbesteller nicht gehöre (24). Dagegen scheinen sich die Gesetze darüber zu widersprechen, ob die Verpfändung einer fremden Sache auch dadurch gültig werde, wenn der Eigenthümer der Sache Erbe des Verpfänders derselben wird (25).

In unserem Gesetze ist nun aber ausdrücklich bestimmt, daß in allen diesen Fällen die Unterpfandsbestellung keine Gültigkeit mehr erhalten solle, was sich ganz gut rechtfertigen läßt. Denn sind, ehe der Pfandbesteller Eigenthümer der Sache wurde, schon von Andern wirkliche Unterpfandsrechte auf dieselbe erworben worden, so könnten diese durch das früher von ihm bestellte Pfandrecht, wenn es auch durch seinen späteren Erwerb gültig würde, auf keinen Fall mehr geschmälert werden, geht aber die Sache in das Eigenthum des Pfandbestellers über, ohne daß auf eine gültige Weise von dem früheren Eigenthümer Unterpfänder darauf bestellt wären, so erhält jener durch diesen Uebergang ein freies Vermögensstück und sein Gläubiger, dem er früher auf eine ungültige Weise ein Pfand darauf bestellte, bedarf eines Pfandrechtes nicht,

---

(24) l. 1. pr. D. de pign. (20. 1.) l. 41. D. de pign. act. (13. 7.) l. 5. C. si aliena res (8. 16.) Gesterding Pfandr. S. 74. folg.

(25) Vergl. l. 22. D. de pign. (20. 1.) l. 41. D. de pign. act. (13. 7.)

um klagend aufzutreten. Er kann auch als einfacher Gläubiger verlangen, daß ihn sein Schuldner befriedige und diese Befriedigung nun aus dem freien Eigenthume erhalten, welches der letztere erworben hat.

Wird im andern Falle der Eigenthümer Erbe des Pfandbestellers, so ist er dessen Gläubigern immer persönlich verbindlich und dieselben werden an dem ihnen ungültig verpfändeten Gute auch ohne Pfandrecht ein Exekutionsobjekt haben, sobald nicht andere Gläubiger auf dasselbe versichert sind, denen sie aber auch dann nachstehen müßten, wenn die anfangs ungültig geschehene Verpfändung durch jenen Erbgang zu Kräften käme.

Unser Gesetzgeber hat daher hier das Verdienst, eine Menge von Kontroversen abgeschnitten und eine schwankende Unbestimmtheit der Rechtsverhältnisse, wie sie durch diese Sätze des römischen Rechts entstehen mußte, entfernt zu haben.

d) Endlich kömmt nach dem römischen Rechte die Pfandbestellung auf eine fremde Sache durch die nachfolgende Genehmigung des Eigenthümers so zu Kräften, daß eine Zurückbeziehung dieser Genehmigung auf den Zeitpunkt der Pfandbestellung eintritt (26), jedoch so, daß die in der Zwischenzeit von dem Eigenthümer bestellten Pfandrechte nicht geschmälert werden (27).

Die Frage, ob auch nach unserem Gesetze eine nachfolgende Genehmigung des Eigenthümers mit Wirkung eintreten könne, möchte einiges Bedenken erregen, wird aber wohl zu verneinen seyn.

Man könnte sagen, der Satz, daß die Verpfändung einer fremden Sache auch nachher nicht mehr zu Kräften

(26) l. 20. pr. D. de pign. act. (13. 7.) l. 16. §. 1. D. de pign. (20. 1.)

(27) Bolley von öff. Unterpf. §. 66. Gesterding. S. 71.

kommen solle, beziehe sich bloß auf die zu Ende des Artikels genannten zwei besondern Fälle und wenn der Gesetzgeber die Wirksamkeit der nachherigen Genehmigung des Eigenthümers hätte aufheben wollen, so würde er diß um so mehr ausdrücklich gesagt haben, als es sich hier nicht darum gehandelt hätte, eine Kontroverse abzuschneiden, sondern einen feststehenden und in der Natur der Sache gegründeten Rechtsgrundsatz aufzuheben.

Allein es giebt doch überwiegende Gründe, welche für die Verneinung der aufgestellten Frage sprechen:

1) Es liegt in dem Geiste des Gesetzes, daß eine jede Pfandbestellung an sich bestimmt und fest seyn, daß dadurch ein sicheres Rechtsverhältniß begründet werden soll. Es konnte daher die Absicht des Gesetzgebers nicht dahin gehen, zu gestatten, daß die Gültigkeit einer einmal vorgenommenen Verpfändung von einem zweifelhaften und ungewissen Ereignisse, wie die nachfolgende Genehmigung des Eigenthümers, abhängig sey.

2) Aus diesem Grunde hat er die Regel aufgestellt, daß die Verpfändung einer fremden Sache ohne Zustimmung des Eigenthümers von Anbeginn an ungültig, oder nichtig seyn solle. Nun ist es zwar richtig, daß ein wegen Mangels eines wesentlichen Erfordernisses anfangs ungültiges Geschäft in der Regel durch Ergänzung jenes Mangels gültig wird (28). Allein es giebt auch unheilbare Nichtigkeiten und eine solche scheint in der unbefugten Verpfändung fremden Eigenthumes nach unserem Gesetze zu liegen. Denn es handelt sich hier nicht nur davon, daß die Genehmigung des Eigenthümers an sich fehlt, sondern auch davon, daß die Unterpfandsbehörde unter falschen Voraussetzungen über die Pfandbestellung

(28) Vergl. Thibaut §. 139.

erkannt hat. Dieses Erkenntniß wird dadurch an sich nichtig, und bleibt es als ein scharf begränzter, gesetzlicher Akt auch dann, wenn jene Voraussetzungen nachher berichtigt werden. Nun beruht aber das Unterpfandsrecht nothwendig auf dem Erkenntnisse, und kann daher auch nicht mehr zu Kräften kommen, wenn dieses unheilbar nichtig ist.

3) Wenn daher der Gesetzgeber nur in Beziehung auf zwei andere Ereignisse sagt, daß die Verpfändung dadurch nicht mehr zu Kräften kommen könne, so läßt sich diß daraus erklären, daß sich dieselben ihm bei Aufstellung des allgemeinen Grundsatzes besonders aufdrängten, oder daß er diese Fälle bestimmt bezeichnen wollte, weil ihre Aufhebung wegen der dabei vorkommenden Kontroversen von besonderer Wichtigkeit ist.

4) Diese Ansicht wird auch durch die Analogie von Art. 167 bestätigt, nach welchem alsdann, wenn Jemand vor der Unterpfandsbehörde für einen Andern eine Verbindlichkeit übernehmen, oder einem Rechte entsagen will, entweder ausdrückliche Vollmacht, oder die vor der Aufnahme des Geschäfts in das Unterpfandsbuch erfolgende Genehmigung des leztern erforderlich ist. Es läßt sich nicht annehmen, daß der Gesetzgeber, wenn er hier eine nachfolgende Genehmigung nicht zuläßt, es in dem Falle thun wollte, von welchem bisher die Rede war.

Art. 7.

„Unter welchen Voraussetzungen auf ein untergeordnetes oder beschränktes Eigenthum, namentlich auf Lehen und Fideikommisse, ein Unterpfand erworben werden könne, ist nach den bestehenden Gesetzen zu ermessen.

Derjenige, dessen Eigenthum in eines Andern Nutz-

nießung steht, kann die Substanz der Sache verpfänden.

Das Unterpfandsrecht erstreckt sich jedoch nicht auf die Früchte, so lange die Nutznießung dauert."

In Hinsicht auf die Befugniß, ein untergeordnetes oder beschränktes Eigenthum zu verpfänden, läßt es unser Gesetz lediglich bei den bisher geltenden Grundsätzen bewenden.

1) Von der Verpfändung eines beschränkten Eigenthums.

Ein beschränktes Eigenthum ist alsdann vorhanden, wenn der Eigenthümer einer Sache durch das einem Andern darauf zustehende Verwaltungs- und Benützungsrecht ganz oder zum Theile gehindert ist, die gewöhnlichen, vollen Eigenthumsrechte auszuüben. Dahin gehören namentlich die Beschränkungen der Frau durch die Rechte des Mannes auf die Verwaltung und den Genuß ihres Vermögens, die der Kinder durch die Rechte der Eltern und die jedes wirklichen Eigenthümers durch die Nutznießungs- und Verwaltungsrechte, welche ein Anderer auf dessen Sache erworben hat.

Von den beiden ersten Rechtsverhältnissen und den daraus hervorgehenden Beschränkungen des Verpfändungsrechtes wird weiter unten zweckmäßiger die Rede seyn (1).

Im Allgemeinen gilt die Regel, daß der Eigenthümer der Sache über die Rechte des Andern daran nicht verfügen, und sie nicht schmälern kann. Seine Verpfändungsbefugniß erstreckt sich daher auch nicht auf den Gebrauch und die Benutzung der Sache. Dagegen kann er immerhin ein Pfandrecht auf die Sache so bestellen,

---

(1) Vergl. Art. 18.

daß sich dasselbe lediglich auf die Substanz, auf die Sache an sich bezieht.

Diß findet seine Anwendung namentlich bei der Emphyteuse, welche die Verwaltung und Benützung eines Gutes gegen eine jährliche Abgabe in sich enthält und bei der Superficies, (Platzrecht) vermöge deren Jemand mit Bewilligung eines Eigenthümers auf dessen Boden ein Gebäude errichtet und gewisse Rechte daran erwirbt. Der eigentliche Herr des Bodens kann denselben verpfänden, so weit seine Rechte daran gehen und wenn daher der Pfandgläubiger am Ende seine Befriedigung durch den Verkauf suchen muß, so kann er oder der dritte Käufer auch nur jene Rechte daran erwerben. Würde indeß der Verpfänder in der Zwischenzeit zu einem vollen unbeschränkten Eigenthumsrechte gelangen, so müßte sich nun das früher auf die Substanz allein erworbene Unterpfandrecht des Gläubigers auch auf die Früchte erstrecken, denn diese folgen alsdann der Hauptsache als Nebentheile von selbst (2).

2) Von der Verpfändung eines untergeordneten Eigenthumes. Es kommen hier die Regeln der Theilung des Eigenthums in Ober- und Untereigenthum (nach den Klagen, nämlich den vindicationes directae und utiles, auch domicium directum und utile genannt) zur Sprache, nach welchen Jemand wirklicher Eigenthümer eines Gutes seyn, ein Anderer aber demungeachtet neben der ihm zustehenden Nutznießung und Verwaltung auch gewisse eigentliche Eigenthumsrechte haben kann (3).

---

(2) l. 18. §. 1. D. de pign. act. (13. 7.)

(3) Vergl. Thibaut's Versuche II. 3. Eichhorn deutsch. Priv. Recht §. 158. Päz Lehenrecht §. 1.

Hieher gehören besonders die verschiedenen Arten von Lehen, nach der gemeinen Meinung die Emphyteuse (4), die Superficies und in einem gewissen Sinne auch die Stammgutsverhältnisse.

Im Allgemeinen gilt die Regel, daß der Untereigenthümer das in seinem Besitze befindliche Gut weder zum Nachtheile des Obereigenthümers veräußern, noch verpfänden darf, wobei jedoch die Bestimmungen für die einzelnen Verhältnisse verschieden sind.

1) Von den Stammgütern. Bei diesen findet sich die Eigenthümlichkeit, daß der zeitige Besitzer das Genuß- und Verwaltungsrecht, an dem wirklichen Eigenthumsrechte aber nur einen mit den übrigen Agnaten gleichen Antheil hat. Die Gesammtzahl der Agnaten ist gewissermaßen Obereigenthümer und ohne ihre Einwilligung kann zwar wohl der zeitige Genuß des Stammgutes, nicht aber dieses selbst veräußert, oder verpfändet werden, und gegen eine von dem Nutznießer geschehene Veräußerung können die eintretenden Agnaten eine Revokatorienklage anstellen.

Eine vielfach verhandelte Frage ist, ob diese Klage auch den nachgebornen Agnaten zustehe, wenn bei einer mit agnatischer Einwilligung vorgenommenen Veräußerung oder Verpfändung keine Kuratoren für sie bestellt worden seyen (5). Dieselbe wird aber, wenn sie nicht schon in Mutterleibe waren, wohl zu verneinen seyn. Denn das ganze Rechtsverhältniß beruht auf dem Autonomierechte der adeligen Familien und die, welche sich Gesetze geben, oder dieselben aufheben, sind nicht an die Einwilligung derer gebunden, welche nach ihnen Gesetze zu

---

(4) Vergl. Thibaut's civ. Abhandl. S. 266. folg.
(5) Litteratur s. bei Runde §. 696. Eichhorn §. 367. 369.

geben berechtigt seyn könnten. Da nun Ungezeugte nicht Glieder der menschlichen Gesellschaft sind, so kann auch durch die Ausübung jenes Autonomierechtes keine Rechtsverletzung gegen sie begangen werden, eine Klage aber sezt immer eine geschehene Rechtsverletzung voraus (6).

2) Von der Verpfändung adeliger Lehen.

a) Erfordernisse zu der Gültigkeit derselben. Die während seines Genusses ihm zukommenden Früchte kann der Vasall frei verpfänden, damit hingegen die Verpfändung des Gutes selbst volle Gültigkeit habe, wird sowohl die Einwilligung des Lehensherrn, als die der Agnaten erfordert, welche leztere Bedingung nur dann wegfallen kann, wenn das Lehen ein uneigentliches oder ein Erblehen ist (7).

Die Einwilligung beider muß frei und ausdrücklich geschehen; und es wird erfordert, daß die Zustimmung des Lehensherrn namentlich zu der Verpfändung und nicht zu einem andern Veräußerungsgeschäfte gegeben sey (8).

Ist das zu verpfändende Lehen ein Afterlehen, so muß der Vasall den Konsens desjenigen, von dem er das Lehen unmittelbar erhalten hat, einholen (9).

Wenn der Lehensherr minderjährig ist, so kann er

---

(6) Gegen das Stattfinden einer Revokatorienklage hat sich auch das vormalige Oberjustizcollegium im Jahr 1808 und das königl. Obertribunal entschieden. Kapfs merkw. Civ. Rechtssprüche. Ziffer 1.

(7) J. H. Böhmer de hypoth. feud. expressa c 1. §. 3. 4. (in Exercit. ad pand. tom. 3.) Pätz Lehenrecht §. 142.

(8) Weber Handbuch des in Deutschland üblichen Lehenrechtes Bd. IV. §. 268. 269. Böhmer l. c. §. 5—8. §. 18. Vergl. Eichborn deutsch. Priv. Recht §. 228.

(9) Böhmer l. c. §. 11.

den Konsens nur unter Zuziehung seines verpflichteten Vormundes und Genehmigung der pflegschaftlichen Behörde, der er unterworfen ist, geben (10).

b) Wirkungen der Verpfändung. Diese sind natürlich sehr verschieden, je nachdem die Verpfändung mit allseitiger Zustimmung, oder ganz ohne Zustimmung des Lehensherrn und der Agnaten, oder nur unter Zustimmung des einen und nicht des andern geschehen ist.

aa) Sowohl der Lehensherr als die Agnaten haben ihre Zustimmung zu der Verpfändung gegeben. — In diesem Falle haftet das verpfändete Lehengut dem Gläubiger so, wie jedes andere Gut ihm haften würde. Er kann sowohl gegen den verpfändenden Vasallen und die Lehenfolger, als gegen jeden dritten Besitzer die Pfandklage anstellen und auf Veräußerung dringen. Sein Unterpfandrecht erstreckt sich nicht nur auf die Hauptforderung, sondern auch auf die Zinsen (11), und er kann die Forderung mit dem Pfandrechte auch ohne Einwilligung des Lehensherrn und des Vasallen an einen Andern abtreten. Dagegen sind weder der Lehensherr, noch die Agnaten als Lehenfolger vermöge ihrer bloßen Einwilligung in die Verpfändung persönlich und über den Werth des Lehens verbindlich (12). — Hat der Lehensherr seine Einwilligung zu der Verpfändung nur auf eine gewisse Zeit gegeben, so hat die Hypothek auch nur bis zum Ablaufe dieser Zeit volle Gültigkeit. Indeß kann der Pfandgläubi-

---

(10) Böhmer §. 9. Weber §. 268. S. 405.

(11) Aber natürlich nach der Bestimmung unseres Gesetzes auch nur auf die des laufenden Jahres und die in den zwei vorhergehenden Jahren verfallenen.

(12) Weber §. 270. 271. Böhmer cit. Cap. II. §. 2. 3. 4. 6. Pätz §. 143.

ger nicht nur selbst gegen den Willen des Vasallen um Erstreckung des Konsenses bitten, und dieser nicht nur selbst stillschweigend ertheilt werden, sondern der Pfandgläubiger vermag sich auch dadurch zu helfen, daß er vor Ablauf der bestimmten Zeit die Pfandklage anstellt, deren Verfolgung ihm alsdann auch nachher nicht erschwert werden kann (13).

bb) Der Lehensherr hat zu der Verpfändung seine Zustimmung nicht gegeben, wohl aber die Agnaten. Wenn in diesem Falle der Vasall seinen Gläubiger zugleich in den Besitz des Lehens gesezt hat, so ist das Geschäft nichtig und der Vasall wird wegen begangener Felonie des Lehens, so weit er es hingegeben hat, entsezt (14). Würde bloß eine Hypothek auf das Lehen bestellt, so tritt zwar die Strafe der Felonie nicht ein, aber das Geschäft ist nichtig, jedoch so, daß es durch den nachfolgenden Konsens des Lehensherrn zu Kräften kommen kann (15). Dagegen sollen die einwilligenden Agnaten nach der gemeinen Meinung in diesem Falle wenigstens mit den Früchten des Lehens haften, wenn sie in dasselbe eintreten (16).

---

(13) Weber §. 269. S. 412. Böhmer Cap. I. §. 17. Diß steht in Uebereinstimmung mit Art. 127.

(14) Vergl. II. feud. 38 und 52. Si vasallus contra constitutionem Lotharii regis beneficium alienaverit, si totum, perdat totum, si partem, partem perdat et ad dominum revertatur.

(15) I. feud. 5 pr. II. feud. 8. §. fin. 55. Böhmer cit. Cap. I. §. 6. 14. Leyser Sp. 229. med. 4. 5. Sp. 231. m. 4. 5. G. L. Böhmer princ. jur. feud. §. 268.

(16) G. L. Böhmer l. cit. Weber §. 268. S. 405. 406. J. H. Böhmer cit. Cap. I. §. 18. Cap. II. §. 16. Päß §. 142. Bedenkt man indessen, daß das Geschäft völlig nichtig seyn soll,

cc) Gaben die Agnaten nicht, sondern allein der Lehensherr die Einwilligung zur Verpfändung, so ist diese zwar gültig, jedoch nicht zum Nachtheile der Lehenfolger, welche, wenn die Reihe an sie kommt, in das Lehen einzutreten, eine Revokatorienklage zu Erlangung desselben anzustellen befugt sind (17.)

Wenn die Descendenten des Schuldners, soferne sie das Lehen angetreten haben, hievon ausgeschlossen sind, so scheint diß nicht sowohl eine Wirkung der Pfandbestellung, als eine Folge davon zu seyn, daß sie vermöge der Gesetze die Allodialerbschaft und das von ihrem Ascendenten besessene Lehen zugleich antreten, also auch die persönlichen Verbindlichkeiten desselben übernehmen müssen (18.)

dd) Hat endlich der Vasall eine Hypothek lediglich für sich allein bestellt, so ist diß nur von Wirkung, so lange er sich in dem Besitze und Genusse des Lehens befindet, oder der Lehenfolger sein Descendent ist (19).

3) Von den Bauerlehen. — Bauerlehen im engeren Sinne werden gewöhnlich solche Güter genannt, welche mit Erbrecht auf das Untereigenthum gegen gewisse Leistungen und unter Verpflichtung zu wechselseitiger Lehen-

---

so läßt sich nicht wohl einsehen, wie jemand dadurch verbindlich werden könne. J. J. Böhmer sagt auch in cap. II. §. 16. „Hoc aequitas suggerit, licet summum jus creditori deficere videatur.“

(17) II. feud. 8. 39. Eichhorn deutsch. Privatrecht §. 228.

(18) II. feud. 45. Päß §. 118. G. L. Böhmer cit. §. 313. Vergl. jedoch J. H. Böhmer loc. cit. cap. I. §. 19. 20.

(19) J. H. Böhmer cap. II. §. 18. Ist der Lehenfolger der Descendent des Schuldners, so muß die Verpfändung insoferne fortgelten, als sie, da dieser die Schulden seines Vaters übernehmen muß, und ganz in dessen Stelle eintritt, ein Vorzugsrecht im Bezuge der Lehenfrüchte begründet.

treue übergeben worden sind (20). Sie sind nach gleichen Grundsätzen, wie adelige Lehen zu beurtheilen und können also ohne Einwilligung des Lehensherrn weder veräußert, noch verpfändet werden. Eine Veräußerung des nutzbaren Eigenthums ohne lehensherrliche Zustimmung ist auch durch würtembergische Gesetze ausdrücklich verboten (21).

4) Die Erbenszinnsgüter, unter welchen gewöhnlich solche Güter verstanden werden, die mit der römischen Emphyteuse einerlei Natur haben (22), trifft, wenn dieses der Fall ist, jenes Veräußerungsverbot nach den angeführten Gesetzen ebenfalls, während nach römischem Recht der Emphyteuta sein Nutzeigenthum veräußern und verpfänden konnte (23.)

5) Schupf- oder Fall-Lehen, welche sich von den Bauerlehen dadurch besonders unterscheiden, daß bei ihnen keine Erbfolge und keine wechselseitige Lehentreue statt findet (24), unterliegen demselben Veräußerungsverbote, während

6) Einfache Zinnsgüter, bei welchen das Eigenthum nicht wirklich getheilt ist und

7) Die Superficies demselben nicht unterworfen

---

(20) Ueber die verschiedenen Ansichten vergl. Selchow elementa jur. germ. priv. § 269. Runde §. 525. Weishaar §. 429. 430. Eichhorn deutsch. Privatrecht § 257. 259. v. Gaisberg Beleuchtung der Rechtsverhältnisse bei Schupflehen, Stuttgart 1823. §. 8.

(21) L. O. XVI. S. 34. Landrecht Th. II. Tit. 9. §, weil auch S. 268. G. Rescr. v. 3. Mai 1756. Kapf's Samml. der G. Rescr. S. 10.

(22) Runde §. 526. Eichhorn §. 256.

(23) Vergl. Thibaut §. 631. und die in Note q. r. citirten Gesetze.

(24) v. Gaisberg §. 8. f. jedoch Weishaar §. 430. 442.

sind. Denn der Superficiar kann eine Veräußerung ohne Genehmigung des Obereigenthümers nach römischem Rechte gültig vornehmen (25) und dieses Verhältniß ist rein nach diesem Rechte zu beurtheilen, indem die würtembergischen Gesetze, welche sich nur auf deutsch-rechtliche oder deutsch-rechtlich gewordene Institute (wie die Emphyteuse) beziehen, darauf keine Anwendung finden.

Art. 8.

„Ein widerrufliches Eigenthum kann verpfändet werden. Das Pfandrecht des Gläubigers hört jedoch mit dem Rechte des Verpfänders alsdann auf, wenn dieses durch den Eintritt einer Bedingung oder eines gewissen Verhältnisses rückwärts, und zwar in der Art aufgelöst wird, daß nach den bestehenden Gesetzen derjenige, auf welchen die Sache zurückfällt, dieselbe mit einer dinglichen oder der dinglichen gleich zu achtenden Klage auch gegen jeden Dritten verfolgen kann.

Wird hierbei der Uebergang des Eigenthums auf denjenigen, welchem der Widerruf zusteht, nur mittelst Erstattung oder Bezahlung eines bestimmten Kaufpreises bewirkt; so ist der Letztere, so weit es zur Befriedigung des Pfandgläubigers erfordert wird, an diesen, und nicht an den bisherigen Besitzer zu entrichten.“

Die Lehre von der Verpfändung eines widerruflichen Eigenthums war bis jezt in vielen Punkten bestritten. Denn ob es gleich schon nach dem römischen Rechte unzweifelhaft ist, daß auf einem widerruflichen Eigenthume Pfandrechte bestellt werden können, so sind doch die Ge-

---

(25) l. 1. §. 7. D. de superfic. (43. 18.)

setze über die Wirkung, welche der Rückfall einer verpfändeten Sache an den vorigen Eigenthümer haben soll, nicht ganz klar.

Die Rechtslehrer unterscheiden gewöhnlich, ob das Eigenthum des Verpfänders von Anbeginn an unvollkommen und widerruflich gewesen sey, oder auch ob die Auflösung des dasselbe übertragenden Geschäftes so geschehe, als ob dieses nie abgeschlossen wäre, oder nicht (1.)

Bolley stellt folgende zwei hiemit im Ganzen übereinstimmende Hauptregeln auf (2):

1) Das Pfand müsse in allen den Fällen erlöschen, in welchen mit dem Eintritte eines gewissen Ereignisses das Recht des Verpfänders unbedingt so rückwärts aufgelöst werde, wie wenn es ihm nie angehört hätte. Dagegen bleibe es

2) gültig, wenn die ursprüngliche einem Rechtsgeschäfte beigefügte Modifikation nicht so beschaffen sey, daß solches dadurch rückwärts aufgelöst werden könne, oder wenn der, auf welchen die Sache wegen einer in der Folge entstandenen Veränderung zurückfalle, dieselbe nur mit einer persönlichen, nicht mit einer dinglichen Klage, noch mit einer actio in rem scripta zurück fordern könne.

Gesterding dagegen glaubt, daß es auf den leztern Punkt, die Zuständigkeit einer persönlichen oder dinglichen Klage nicht ankomme, und daß das Pfandrecht immer dann verloren gehe, wenn der Eigenthümer nicht von freien Stücken, sondern vermöge einer gesetzlichen Nöthigung

---

(1) Voet. Comm. ad pand. XX. 6. §. 8. Lauterbach Coll. eod. tit. §. 10. Hoffacker princ. 694. Günther princ. 694. Mackeldey Lehrbuch des heutigen römischen Rechts §. 383. Thibaut Pand. Recht §. 666.

(2) Von öff. Unterpf. §. 31.

gung sein Eigenthum verliere und es an den vorigen Eigenthümer zurückgelangen lassen müsse, auch schon im Anfange hiezu verbunden gewesen sey, so daß er schon bei Bestellung des Pfandrechtes kein völlig freies Eigenthum besessen habe (3).

Für uns ist nun durch Aufstellung einer festen Bestimmung diese Kontroverse wenigstens im Allgemeinen geschlichtet.

I. Geschichtliche Entwicklung des Gesetzes.

Die vorliegende Bestimmung war schon in dem den Ständen vorgelegten Entwurfe (§. 7.) enthalten. Die Kommission schlug zu derselben den Zusatz vor:

„Fällt jedoch einem Andern ein Gut nur unter der Bedingung der Bezahlung oder Erstattung eines Kaufpreises zu, so dauert auch das nach der geschehenen Bemerkung eines solchen Anspruches bestellte Pfandrecht in der Art fort, daß jener, wenn er von der Hypothek in Kenntniß gesezt wird, den zu dieser Zeit noch schuldigen Kaufpreis nach Abzug der auf den Verpfänder etwa fallenden Prozeßkosten, so weit es zu Befriedigung des Gläubigers erfordert wird, an diesen und nicht an den bisherigen Besitzer zu bezahlen hat (4)."

Hiegegen bemerkte der Präsident, daß ein Eigenthum, das nach öffentlichen Akten widerrufen werden könne, gar nicht verpfändbar seyn sollte, und daß auch die Ausübung dieses Satzes bedenklich sey, weil ihn die Gemeinderäthe nicht verstehen werden.

Der Abgeordnete v. Bolley schlug hierauf vor, zu bestimmen, „daß ein widerrufliches Eigenthum nur mit Einwilligung dessen, an den dasselbe in Folge des Wi-

(3) Pfandrecht S. 308 — 12.
(4) Hauptantr. der Kommission VI.

derrufs fallen würde, solle verpfändet werden können," welcher Vorschlag den Beifall der Kammer erhielt (5).

In der folgenden Sitzung machte jedoch v. Bolley einen neuen Antrag, das Gesetz so abzuändern:

„Eine im widerruflichen Eigenthume befindliche Sache kann von dem Besitzer nicht nur in jedem Falle mit Einwilligung dessen, auf welchen solche mit dem Eintritte einer gewissen Zeit, oder eines gewissen Ereignisses fallen würde, sondern auch ohne diese Einwilligung in dem Falle verpfändet werden, wenn der Uebergang des Eigenthums auf einen Andern nicht anders, als durch Bezahlung oder Erstattung eines gewissen Kaufpreises bewirkt werden kann."

Dieser Antrag wurde von der Kammer mit der von dem Präsidenten vorgeschlagenen Abänderung angenommen, daß am Ende gesezt werden solle:

„Wenn der Uebergang des Eigenthums auf denjenigen, der den Widerruf sich vorbehalten hat, nicht anders, als durch die Bezahlung oder Erstattung eines Kaufpreises geschehen kann (6)."

Die Regierung antwortete hierauf, daß es bei dem §. 7. des Entwurfs sein Bewenden habe, indem der Antrag eine Beschränkung in Beziehung auf Vermögensverpfändung enthalte, welche um so weniger zu rechtfertigen sey, als in gewissen Fällen sogar die Person, welcher der Widerruf zustünde, noch nicht einmal vorhanden sey und es überhaupt nur Zweck des neuen Gesetzes seyn könne, daß Jeder, der sich durch Unterpfänder versichern lassen wolle, über das Maß seiner Sicherheit Gewißheit erlangen möge. Hiebei sey übrigens der besondere Fall,

---

(5) Verhandl. Hft. IX. S. 741. folg.
(6) Heft. IX. S. 747. Hauptantr. IV.

wenn die Revokation des Eigenthumes durch Erstattung oder Bezahlung eines gewissen Kaufpreises als bedingt erscheine, angetragenermaßen im Interesse des Pfandgläubigers zu berücksichtigen (7).

II. Nähere Erläuterung des Gesetzes.

Diesem Beschlusse gemäß ließ es der Gesetzgeber bei dem Grundsatze, daß ein widerrufliches Eigenthum solle verpfändet werden können. Derselbe ist besonders dann von Wichtigkeit, wenn der Pfandbesteller das Eigenthum einer Sache unter einer auflösenden Bedingung erworben hat. Erwerbungen unter einer aufschiebenden Bedingung gehören nicht hieher, denn so lange diese nicht erfüllt sind, bleibt das Geschäft im Schweben, der Erwerb des Eigenthums ist noch nicht vollendet, und es kann daher auch von dem, der ihn machen soll, kein Pfand auf die Sache bestellt werden. Ehe nun von den Wirkungen die Rede ist, welche der Rückfall des Eigenthumes auf die Verpfändung haben kann, muß ein anderes Verhältniß von dem des Rückfalls eines widerruflichen Eigenthumes ausgeschieden werden.

Wenn nämlich der Verpfänder nicht wirklicher Eigenthümer der Sache war, sondern nur ein anderes Recht daran hatte, und dieses Recht so aufhört, daß die Sache in das volle oder unbeschränkte Eigenthum eines Andern zurückkehrt, so hört das Pfandrecht auf:

1) Wenn ein Pfandbesteller die Nutznießung einer Sache hat, und auf diese ein Pfandrecht einräumt, so hört dasselbe auf, so wie das Recht der Nutznießung erlischt (8), ebenso

2) wenn ein Superficiar oder Emphyteuta (Erben-

---

(7) K. Rescr. zu Antr. IV.

(8) l. 3. pr. D. quib. mod. pign. (20. 6.)

zinnsmann) ohne Genehmigung des Obereigenthümers sein Grundstück verpfändet, und dasselbe an den lezteren zurückfällt (9), oder

3) wenn ein Erbe die einem Andern unter einer Bedingung vermachte Sache verpfändet, die Bedingung aber nachher in Erfüllung geht, so daß er die Sache hinausgeben muß (10).

Von den Wirkungen des Rückfalls einer verpfändeten Sache an den vorigen Eigenthümer.

Das Gesetz bestimmt, daß vermöge eines solchen Rückfalls das von dem neuen Eigenthümer auf die Sache bestellte Pfand erlösche, wenn das Eigenthum des leztern rückwärts so aufgelöst werde, daß derjenige, an welchen der Rückfall geschehe, die Sache mit einer dinglichen, oder dieser gleich geachteten Klage (actio in rem scripta) zurückfordern könne.

Dieser Satz ist allgemein und daher eine weitere Entwicklung desselben zu versuchen.

1) Die rückwirkende Auflösung eines Geschäftes, durch welche eine dingliche Klage begründet wird, tritt wohl immer in folgenden Fällen ein:

a) Wenn ein das Eigenthum an den Pfandbesteller übertragendes Geschäft an wesentlichen Erfordernissen Mangel leidet und schlechthin für nichtig erklärt wird. Diß ist der Fall

---

(9) l. 31. D. de pign. (20. 1.) l. 15. D. qui pot. (20. 4.) Diß tritt ein, ohne daß die Emphyteuse oder Superficies gerade verwirkt wäre, denn die Gesetze brauchen diesen Fall wohl nur beispielweise.

(10) l. fin. §. 3. C. commun. de leg. (6. 43.) Voet loc. cit. Gesterding Pfandr. S. 307.

aa) bei einer pflichtwidrigen Schenkung. Dieselbe wird nach Analogie eines pflichtwidrigen Testaments beurtheilt (11) und dieses begründet eine dingliche Klage und zwar (mit Ausnahme der Geschwister) auf Nichtigkeit (12).

bb) Wegen Betrugs. Nach dem römischen Rechte begründet der Betrug der einen Parthie keine dingliche Klage, sondern nur einen Anspruch gegen den Betrüger und dessen bereicherte Erben (13). Daher kann auch nach gemeinem Rechte die durch die paulianische Klage bewirkte Rescission nicht zu einer dinglichen Klage berechtigen, indem dieselbe immer, sey es auch nur von einer Seite, eine betrügerische Absicht voraussezt (14). Anders aber verhält es sich nach unserem Landrechte, denn nach diesem macht der Betrug jedes Geschäft durchaus nichtig (15) und es müssen also auch diejenigen Handlungen, welche jemand auf den Grund eines solchen Erwerbes vorgenommen hat, kraftlos seyn und so aufgelöst werden, als wären dieser nie geschehen.

cc) Wenn eine kinderlose Person eine namhafte Schenkung gemacht hat und nachher Kinder bekömmt, so ist die Schenkung nichtig und es kann das Geschenkte

---

(11) l. 2. 4. 6. C. de inoff. testam. (3. 29.) Günther princ. §. 1051.

(12) l. 21. §. 2. l. 27. §. 3. D. eod. (5. 2.) Nov. 115. C. 3. 4. Thib. Pand. §. 819. Vergl. auch Bolley von öff. Unterpf. S. 45.

(13) l. 17. §. 1. l. 26. 27. 28. D. de dol. mal. exc. (3. 4.)

(14) Dabelow Entwicklung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger S. 390 – 408. Bolley S. 50.

(15) Landr. Th. II. Tit. 25. S. 313. Griesinger Comm. Bd. II. S. 1077.

so wohl von ihr, als von ihren Kindern mit einer dinglichen Klage zurückgefordert werden (16).

dd) Ebenso ist eine Schenkung über zweihundert Gulden, wenn sie nicht zu gerichtlicher Kenntniß gebracht ist, nichtig (17).

b) Die rückwirkende Auflösung mit Begründung einer dinglichen Klage tritt ferner bei denjenigen Arten von Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ein, welche eine dingliche oder einer dinglichen gleich geachtete Klage des Restituirten mit sich bringen. Diß ist der Fall bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Furcht oder Gewalt (18), wegen Minderjährigkeit, wenn der Minderjährige sich seines Schadens auf keine andere Weise erholen kann, oder der dritte Erwerber in bösem Glauben ist (19) und wegen unverschuldeter Abwesenheit (20).

c) Endlich kann eine solche rückwirkende Auflösung vermöge der in einem Rechtsgeschäfte enthaltenen besondern Bestimmungen eintreten. Diß ist der Fall:

aa) Wenn das Eigenthum vermöge einer, nicht von dem Pfandbesteller abhängigen, auflösenden Bedingung zurück fällt, namentlich wenn sich der Verkäufer in Form einer auflösenden Bedingung vorbehalten hat, die verkaufte Sache auf den Fall, daß er bin-

---

(16) l. 8. C. de revoc. don. (8. 56.) Landr. Th. II. Tit. 18. §. „So auch" S. 306. „— soll nichts desto weniger dieselb Vergabung kraft dieser unserer Satzung für sich selbs kraftlos seyn ꝛc.

(17) Landr. Th. II. Tit. 18. §. Wann einer und „wann aber" S. 303.

(18) l. 9. §. 4. l. 14. §. 5. D. quod. met. caus. (4. 2.)

(19) l. 9. pr. l. 13. §. 1. l. 14. 35. 39. §. 1. D. de minoribus (4. 4.)

(20) l. 5. J. de act. (4. 6.) l. 1. 4. seq. D. ex quib. causis (4. 6.)

nen einer gewissen Zeit einen besseren Preis erhalte, wieder an sich zu ziehen (pactum addictionis in diem).

l. 41. pr. D. de R. V. (6. 1.)

„Si quis hac lege emerit, ut si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emtione, post allatam conditionem jam non potest in rem actione uti. Sed et si cui in diem addictus sit fundus, antequam adjectio sit facta, uti in rem actione potest, postea non poterit."

l. 4. §. 3. D de in diem addict. (18. 2.)

„Sed et Marcellus lib. 5. Digestorum scripsit, pure vendito et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum fundum pignori dedisset. Ex quo colligitur, quod emtor medio tempore dominus esset, alioquin nec pignus teneret (21)."

bb) Wenn bei dem Verkaufe einer Sache ausgemacht wurde, daß der Verkäufer sein Recht aus dem Kaufe verlieren solle, soferne er den Preis nicht in einer gewissen Zeit erlege (pactum comissorium). Denn in diesem Falle hat der Verpfänder eine dingliche Klage.

l. 4. C. de pact. inter emt. (4. 54.)

„Comissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit."

l. 8. D. de leg. comissoria (18. 3.)

„— — Quaesitum est, an fundi non sint in ea

---

(21) Vergl. l. 3. D. quibus mod. pign. solv. (20. 6.) Damit kann auch l. 16. h. t. (18. 2.) vereinigt werden, indem hier nur von besondern Personalforderungen und Klagen die Rede ist. Thibaut civil. Abhandl. S. 372.

causa, ut a venditrice vindicari debeant ex conventione venditoris? Respondit: secundum ea, quae praeponerentur, non comisisse in legem venditionis emtorem.

Damit läßt sich auch

l. 3. C. (4. 54.) „Qui ea lege praedium vendidit, ut nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur, si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito.“

insoferne vereinigen, als in jenen Gesetzen allgemein gesprochen ist, dieses aber als ein in einem Falle besonderer Art gegebener Ausspruch angesehen werden kann (22).

cc) Ein besonderer Fall ist es, daß wenn Jemand gegen ein Geschenk die Verbindlichkeit übernimmt, dem Schenkgeber Alimente zu reichen, und diese Verbindlichkeit von ihm nicht erfüllt wird, der Schenkgeber die Sache mit einer dinglichen Klage zurückfordern kann (23).

2) Wenn diese Regeln nicht eintreten, so ist auch keine rückwärts wirkende Auflösung eines Geschäftes mit dinglicher Klage begründet.

Hieher gehören namentlich folgende Fälle:

a) Das Pfandrecht erlischt nicht, wenn der Rückfall des Eigenthums durch den Pfandbesteller veranlaßt wird, denn hier wird das Geschäft, durch welches er erworben hat, nicht rückwärts so aufgelöst, daß dem vorigen Eigenthümer eine dingliche Klage zusteht. Diß ist auch römischen Rechtens.

---

(22) Thibaut a. a. O. S. 375. folg. A. M. ist Gesterding S. 310. Vergl. über diesen Gegenstand Art. 45.

(23) l. 1. C. dé revocand. don. (8. 55.) Bolley S. 52.

l. 4. pr. D. quib. mod. pign. solv. (20. 6.)
„Si debitor, cujus res pignori obligatae erant, servum quem emerat, redhibuerit, an desinat Servianae locus esse? Et magis est, ne desinat, nisi ex voluntate creditoris hoc factum est.“

b) Ebenſo iſt es, wenn zwar in einem das Eigenthum einer Sache übertragenden Geſchäfte eine auflöſende Bedinguag enthalten iſt, deren Eintritt aber von dem Erwerber und nachherigen Pfandbeſteller abhängt, worüber das römiſche Recht ebenfalls eine ausdrückliche Beſtimmung hat.

l. 3. D. eodem. (20. 6.)
Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset, fueritque tradita et forte emtor, antequam melior conditio offeretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libro 5. Digestorum ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata; quamquam ubi sic res distracta est, nisi emtori displicuisset, pignus finiri non putet.

Dieſe Beſtimmung hat ihren Grund wohl darinne, daß der Käufer, welcher weiß, er könne das Geſchäft wieder aufheben, und dennoch ein Pfand auf die dadurch erworbene Sache beſtellt, durch eine nachherige Aufhebung des Geſchäfts betrüglich gegen den Pfandgläubiger handeln würde und eben deßhalb die Sache nur mit der Pfandlaſt zurückgeben kann, worüber er ſich alsdann mit dem Verkäufer auszugleichen hat (24).

Man könnte fragen, ob dieſe beiden Beſtimmungen

---

(24) Ueber die verſchiedenen Erklärungen vergl. Voet l. c. Thibaut Abhandl. S. 367. 368. Bolley S. 47. Weſtphal §. 245.

auch unserem jetzigen Gesetze noch angemessen seyen und ihre Gültigkeit behalten? Ohne Zweifel, denn unser Gesetz will das auf eine Sache bestellte Pfandrecht durch den Rückfall derselben nur dann aufgelöst wissen, wenn dieser Rückfall vermöge eines schon früher vorhandenen Rechtes des vorigen Eigenthümers geschieht, zu dessen Geltendmachung ihm eine dingliche Klage zusteht. In den beiden Fällen a und b aber geschieht der Rückfall nicht vermöge eines Rechtes des früheren Eigenthümers darauf, sondern er müßte sich nur, wenn kein Pfandrecht auf die Sache bestellt worden wäre, deren Zurückgabe von dem neuen Erwerber gefallen lassen. Wenn nun aber einmal das Pfandrecht bestellt ist, so ist der frühere Eigenthümer auch nicht verbunden, die Sache mit dieser Last unbedingt wieder anzunehmen, sondern er kann sie zurückweisen, oder sich auf irgend eine Weise entschädigen lassen, so daß ihm das Fortbestehen des Pfandrechtes keinen Nachtheil bringt, und kein Recht dadurch verlezt wird.

c) Wenn eine geschenkte Sache wegen nicht erfüllter Zweckbestimmung zurückgefordert wird, so hört das indessen von dem Schenknehmer darauf bestellte Pfandrecht nicht auf. In der Regel wird wegen Nichterfüllung der Zweckbestimmung (modus) ein Geschäft gar nicht aufgelöst, und nur bei Schenkungen findet eine Ausnahme von dieser Regel Statt. Aber der Schenkgeber hat nur eine persönliche, nicht eine dingliche Rückforderungsklage (25), außer wenn er gegen Reichung von Alimenten geschenkt hat, von welcher besonderer Ausnahme früher die Rede war.

d) Wenn eine Schenkung wegen Undankbarkeit wi-

---

(25) l. 2. 6. C. de condict. ob caus. dat. (4. 6.) Bolley S. 52.

derrufen wird, so geschieht die Aufhebung des Eigenthums des Beschenkten nicht vermöge eines schon anfangs in dem Schenkungsvertrage enthaltenen Grundes, sondern bloß vermöge eines später dazu gekommenen Umstandes, der den Beschenkten unwürdig macht, daher dem Schenkgeber auch nur eine persönliche Klage zusteht und ein von jenem indessen auf die Sache bestelltes Pfandrecht erhalten bleibt. Ebenso

e) wenn ein Kauf unter dem Nebenvertrage des Wiederverkaufs oder Vorkaufs (pactum de retrovendendo oder protimiseos abgeschlossen worden ist, und der Verkäufer nach einer von dem Käufer vorgenommenen Pfandbestellung von dem vermöge des Nebenvertrages ihm zukommenden Rechte Gebrauch macht. Es ist bei dem Vertrage des Vorkaufs nie und bei dem des Wiederverkaufs sehr selten eine Auflösung des früheren, sondern die Eingehung eines neuen Geschäftes, zu welcher sich der Käufer verbindlich gemacht hat, daher dem Verkäufer auch bloß eine persönliche Klage zusteht (26). Nur wenn der Vertrag des Wiederverkaufs in Form einer auflösenden Bedingung gefaßt wäre, würde eine rückwirkende Auflösung des Geschäftes mit dinglicher Klage des Verkäufers begründet seyn, vermöge welcher das in der Zwischenzeit bestellte Pfandrecht erlöschen müßte.

f) Wenn ein Kauf oder ein anderes das Eigenthum einer Sache übertragendes Geschäft wegen übermäßiger Verletzung angefochten wird, so bleibt das Pfandrecht bestehen, wobei es nicht darauf ankömmt, ob der Verkäufer oder Käufer das Geschäft anficht (27). Denn die über-

---

(26) l. 2. C. de pact. inser emt. (4. 54.) Hoffacker princ. §. 1961 — 63.

(27) A. M. ist Voet XX. 6. §. 9.

mäßige Verletzung begründet keine Nichtigkeit des Geschäftes an sich, sondern bloß ein Recht des Klägers, Entschädigung oder Aufhebung desselben zu verlangen, daher die Klage eine persönliche ist (28) und ebenso verhält es sich

g) wenn ein Kaufvertrag durch eine Klage aus dem ädilitischen Edikte angefochten wird (29).

Von der Entrichtung des bei einem Rückfalle der verpfändeten Sache zu erstattenden Kaufpreises an den Pfandgläubiger.

Die hierüber in dem zweiten Theile des vorliegenden Artikels enthaltene, durch den früher erwähnten Antrag der Stände veranlaßte Bestimmung ist einfach und bedarf keiner näheren Erklärung. Sie kann in allen den Hauptfällen vorkommen, in welchen ein auf einer Sache bestelltes Pfandrecht durch den Rückfall desselben erlischt.

Denn auch alsdann, wenn ein das Eigenthum der Sache übertragendes Geschäft für durchaus nichtig erklärt, oder wenn Restitution, welche eine dingliche Klage begründet, dagegen ertheilt wird, kann es und wird es oft vorkommen, daß derjenige, gegen welchen die Nichtigkeitserklärung oder Restitution verhängt wird, von seiner Seite eine Leistung gemacht hat, auf deren Erstattung ihm gegen Herausgabe der Sache ein Recht zusteht.

---

(28) l. 2. C. de rescind. vend. (4. 44.) Günther princ. §. 974. Hoffacker princ. §. 1938. Berger oecon. jur. III. 5. §. 18. not. 2. Bolley S. 48. 49. Westphal §. 245. Glücks Comm. Bd. XVII. S. 108 — 12. Landr. Thl. II. Tit. 14. S. 282. 283.

(29) l. 23. §. 5. l. 31. §. 10. l. 44. §. 1. D. h. t. (21. 1.) Hoffacker §. 1930. 1931. Lauterbach coll. XXI. tit. 1. §. 23. 27. Vergl. auch l. 4. pr. cit. (20. 6.)

Am häufigsten aber wird eine solche Erstattung in den Fällen vorkommen, in welchen ein Geschäft wegen einer in demselben enthaltenen Verabredung der Parthieen rückwärts aufgelöst wird. — Wenn ein Kauf unter einer auflösenden Bedingung abgeschlossen, der Kaufpreis bezahlt worden ist und nachher die auflösende Bedingung eintritt, welche den Verkäufer zu einer dinglichen Zurückforderungsklage berechtigt, so muß er gegen die Herausgabe der Sache den erhaltenen Kaufpreis erstatten. So namentlich bei der **addictio in diem** oder dem **pactum de retrovendendo**, wenn es in der Form einer auflösenden Bedingung abgeschlossen worden ist.

Daß dagegen die vorliegende Bestimmung des Gesetzes nicht zur Anwendung kommen kann, wenn ein Geschäft rückwärts aufgehoben wird, welches nur in einer Leistung von Seiten des Zurückfordernden bestanden hat, versteht sich von selbst, denn da dieser die Sache, ohne etwas dafür zu empfangen, gegeben hat, so kann er auch bei ihrer Zurücknahme nicht verbunden seyn, etwas zu erstatten. So bei einer pflichtwidrigen Schenkung, bei Schenkungen kinderloser Personen, welche nachher Kinder bekommen, oder nicht insinuirten Schenkungen über zweihundert Gulden.

Daß der Pfandgläubiger von dem zu erstattenden Preise nur so viel empfängt, als seine mit Unterpfand versicherte Forderung beträgt, also nur das Kapital nebst dem laufenden und den in den zwei lezten Jahren verfallenen Zinnsen versteht sich von selbst.

Reicht dagegen der zu erstattende Preis nicht hin, um ihn für diese Forderung damit befriedigen zu können, so bleibt ihm nichts übrig, als sich wegen des Restes an seinen Schuldner zu halten, und wenn dieser in Konkurs kömmt, so wird er in der vierten Klasse unter den-

jenigen Gläubigern zu befriedigen seyn, welchen eine Schuldverschreibung ausgestellt worden ist (30), denn die ihm bei der Verpfändung ausgestellte Schuldverschreibung hat insoferne immer noch Gültigkeit, als durch Entziehung der verpfändeten Sache die Pfandbestellung selbst nicht nichtig, sondern bloß in Beziehung auf das Pfandrecht wirkungslos geworden ist (31).

Art. 9.

„Eben so kann eine Mehreren gemeinschaftlich und ungetheilt zustehende Sache von einem der Theilhaber für seinen Antheil verpfändet werden. Wird eine Theilung vorgenommen, und dabei der Pfandgläubiger nicht befriedigt; so geht das Pfandrecht auf den dem Schuldner zugefallenen abgesonderten Antheil ausschließend über; und nur, wenn dieser einen geringeren Werth haben sollte. als der verpfändete unabgesonderte Theil, kann der Pfandgläubiger sich rücksichtlich des Abmangels an die übrigen Theile halten.

Auf reine Tauschverträge findet dieser Grundsatz keine Anwendung.“

---

1) Von dem gemeinschaftlichen Eigenthum und dessen Verpfändung nach dem gemeinen Rechte.

---

(30) Prioritätsgesetz Art. 13.

(31) Wenn der Pfandbesteller nicht zugleich der Schuldner ist, sondern das Pfand für eine fremde Schuld bestellt hat, so wird, den Fall eines Betruges ausgenommen, der Gläubiger keinen weiteren Anspruch an jenen haben, denn er hatte sich nur in Beziehung auf die verpfändete Sache, nicht aber weiter verbindlich gemacht.

Es giebt drei Arten gemeinschaftlichen Eigenthumes.

Eine Sache kann unter mehreren so gemeinschaftlich seyn, daß jeder einen bestimmten, körperlich abgesonderten Theil derselben hat, wie z. B. die linke oder rechte Hälfte, den obern oder untern Stock eines Hauses. In diesem Falle kann der Eigenthümer eines Theiles eine Verpfändung desselben ganz nach den gewöhnlichen Grundsätzen und mit den gewöhnlichen Folgen vornehmen.

Diß ist nicht der Fall bei dem sogenannten Gesammteigenthum, welches deutschen Ursprungs ist und vermöge dessen alle Theilnehmer zusammen Eigenthümer sind, keiner derselben aber einen besondern Antheil auch nur in Gedanken hat, sondern nur eine Konkurrenz aller zu Ausübung der Eigenthums- und Benützungsrechte stattfindet, so daß kein Einzelner für sich auch nur über den kleinsten Theil der Sache verfügen kann. Hier ist also auch die Verpfändung eines Theils der Sache durch einen der Sammteigenthümer nicht zulässig (1).

Die dritte Art von gemeinschaftlichem Eigenthume, welches man eigentlich Miteigenthum (condominium) nennt, und von dessen Verpfändung der vorliegende Artikel allein handelt, ist vorhanden, wenn mehrere Personen Eigenthümer einer Sache sind, dieselbe aber an sich nicht darnach getheilt, sondern nur die Antheile der Eigenthümer daran dem Rechte nach, oder in Gedanken bestimmt sind, so daß sie sich in ihrem Verhältnisse über die ganze Sache erstrecken (2). Hier kann jeder Mitei-

---

(1) Eichhorn deutsch. Priv. Recht. §. 167.

(2) l. 5. D. de stipul. servorum (45. 3.) l. 94. §. 1. D. de sol. (46. 3.) l. 3. C. de commun. rer. alien. (4. 52.) Es ist z. B. ein Haus ohne wirkliche Abtheilung oder Absonderung unter A und B so getheilt, daß A zu $\frac{1}{3}$, B zu $\frac{2}{3}$ Eigenthümer daran ist.

genthümer seinen (unkörperlichen) Eigenthumsantheil verpfänden. Die Folgen der Verpfändung bestehen sodann darinne, daß das Pfandrecht gleich dem Antheile des Verpfänders nicht auf einem abgesonderten, ausgeschiedenen körperlichen Theile der Sache, sondern auf der ganzen Sache mit allen ihren Theilen nach dem Verhältnisse des Antheiles des Verpfänders ruht. — Hat derselbe z. B. ein Drittel an der ganzen Sache, und verpfändet diesen Antheil, so ist nicht ein bestimmter dritter Theil der Sache, sondern die ganze Sache zum dritten Theile verpfändet.

Die unmittelbare Folge hievon ist, daß wenn die gemeinschaftliche Sache wirklich getheilt wird, der Pfandgläubiger sich nicht an den seinem Verpfänder zugeschiedenen Theil zu halten braucht, sondern vermöge seines über die ganze Sache sich erstreckenden Pfandrechtes auch die den übrigen Eigenthümern zugefallenen Theile verhältnißmäßig angreifen kann (3).

2) Neue Gesetzgebung.

Diese Grundsätze wurden in dem den Ständen vorgelegten Gesetzesentwurfe ebenfalls angenommen, denn derselbe enthält folgende Bestimmung (§. 8).

„Ebenso kann eine Mehreren gemeinschaftlich und ungetheilt zustehende Sache von einem der Theilhaber für seinen Antheil verpfändet werden. Wird bei Vornahme der Theilung der Pfandgläubiger nicht befriedigt, so kann derselbe sein Pfandrecht an den abgesonderten Thei-

(3) l. 6. §. 8. D. comm. divid. (10. 3.) l. 7. §. 4. quib. mod. pign. solv. (20. 6.) l. 3. §. 2. D. qui pot. (20. 4.) Bolley von öff. Unterpf. §. 32. Westphal §. 108.

Theilen nach jenem Verhältnisse geltend machen."

Die Kommission bemerkte dagegen, daß bei solchen Verpfändungen, welche sehr häufig vorkommen, die Meinung der Parthieen gewiß keine andere sey, als daß derjenige Theil verpfändet werden solle, welcher dem Verpfänder auch nach der Absonderung zukommen werde, und daß selbst, wenn in Folge eines solchen Pfandrechtes eine Exekution vor sich gehen sollte, eine Theilung beinahe unvermeidlich voran gehen müßte. Durch den römischrechtlichen, von dem Gesetzesentwurfe beibehaltenen Grundsatz würden ungemeine Verwicklungen eintreten und in der That auch in der Regel der unzweifelhaften Absicht der Kontrahenten entgegengehandelt werden. Die Kommission stellte daher den Antrag, in Betreff der Folgen einer solchen Verpfändung diejenige Bestimmung zu geben, welche sich jezt, da der Antrag von den Ständen und der Regierung gebilligt wurde, in dem Gesetze findet (4).

In dieser Bestimmung des Gesetzes liegt nun augen-

---

(4) Kommissionsber. §. 6. Antr. VI. b. Hauptantr. VI. königl. Rescr. zu Antr. VI. Der Entwurf des niederländischen Gesetzes Sect. 1. Art. 5. enthält über dieses Verhältniß Folgendes in Uebereinstimmung mit unserem Gesetze: „La part indivise dans les biens communs peut être gravée d'hypothèque, mais l'hypothèque n'affectera que les biens, qui en vertu de partage appartiendront au debiteur." Die von dem gemeinen Rechte abweichende Bestimmung unseres Gesetzes wurde hauptsächlich aus Rücksicht darauf gegeben, daß eine Vertheilung von Erbgütern, welche Geschwister, oder welche der überlebende Gatte und seine Kinder gemeinschaftlich haben, fast gar nicht mehr angienge, sobald das auf einen gedachten Theil derselben bestellte Pfandrecht, wenn das Gut auch richtig vertheilt würde, nicht ausschließlich auf den Antheil des Verpfänders übergienge, sondern auch noch auf den übrigen ruhte.

scheinlich die Aufstellung eines ganz andern Grundsatzes, als der des römischen Rechts ist. Wenn Jemand ein Pfandrecht auf seinen Antheil an einem ungetheilt gemeinschaftlichen Eigenthum bestellt, so ruht dieses Pfandrecht, so lange die Sache ungetheilt bleibt, auf der ganzen Sache nach dem nämlichen Verhältnisse, wie sich der Antheil des Verpfänders darüber erstreckt, es geht aber auf diesen Antheil ausschließlich über, so wie er bei Vornahme einer Theilung ausgeschieden wird.

3) Nähere Erörterung des Rechtsverhältnisses.

a) Wenn Jemanden von einem Theilhaber an einer ungetheilt gemeinschaftlichen Sache auf seinen Antheil ein Pfand bestellt wird und die ganze Sache leidet nach dieser Pfandbestellung eine so bedeutende Werthverminderung, daß der verpfändete Antheil zu Befriedigung des Pfandgläubigers nicht mehr hinreicht, so erstreckt sich das Recht desselben demungeachtet nicht über diesen Antheil hinaus. Ist ihm ein Drittel der Sache verpfändet worden, so haftet sein Pfandrecht immer auch nur auf diesem Drittel, und die ganze Sache ist zu zwei Dritteln frei von demselben, mögen sich die einzelnen, und also auch der verpfändete Antheil noch so sehr in ihrem Werthe vermindern. Selbst wenn die Werthverminderung durch eine betrügliche Handlungsweise der andern Miteigenthümer gegen den Pfandgläubiger entstanden wäre, könnte dieser dadurch nur persönliche Ansprüche an dieselbe, nie aber eine Erweiterung seines Pfandrechtes erhalten. Hienach muß denn

b) die Bestimmung des Gesetzes erklärt werden, daß wenn nach geschehener Theilung der abgesonderte Antheil des Verpfänders einen geringeren Werth haben sollte, der Pfandgläubiger sich an die übrigen Theile halten könne.

Dieses Recht, die übrigen Theile anzugreifen, entsteht nämlich nicht dadurch allein, daß der abgesonderte Antheil des Pfandbestellers einen geringeren Werth hat, als zur Zeit der Pfandbestellung, indem es sonst durch jede Verschlimmerung der Sache begründet werden würde, sondern es kann nur dann geltend gemacht werden, wenn der abgesonderte Theil des Verpfänders nicht den Werth hat, wie der unabgesonderte vor der Zeit der Theilung, d. h. wenn derselbe durch eine Ungleichmäßigkeit der Vertheilung zu gering ausgefallen ist. Der Verpfänder hat z. B. ein Recht auf die ganze Sache zum dritten Theile, oder zu einem Drittel ihres Werthes. Wird nun eine Theilung vorgenommen, so muß ihm ein solcher abgesonderter Theil zugeschieden werden, welcher seinem früheren gedachten Antheile gleich kommt und wie er vorher ein Recht auf die ganze Sache zum dritten Theile hat, so muß nun sein abgesonderter Antheil den dritten Theil des Werthes der Sache betragen. Geschieht diß nicht so, sondern der Verpfänder wird bei der wirklichen Vertheilung verkürzt, so würde hierunter auch der Gläubiger, dem er seinen gedachten Antheil verpfändet hat, leiden und diesem wird es daher gestattet, sein Pfandrecht auch auf die übrigen abgesonderten Theile in einem solchen Falle geltend zu machen.

c) Man könnte fragen, ob nicht ein solcher Anspruch des Gläubigers auch dann begründet sey, wenn zwar sein Pfandbesteller wirklich den ihm gebührenden Theil des Werthes an der Sache erhalten, dieser Theil aber gerade durch die Trennung des Ganzen an innerem Werthe verloren habe (5)? Diese Frage wird zu verneinen

---

(5) Eine zusammengehörige Masse von Gütern oder Gebäuden kann nämlich nach Umständen einen verhältnißmäßig größern

seyn. Denn unbestreitbar kann von jedem Theilhaber eines Miteigenthums auf Theilung geklagt werden (6), und es gehört zu den mit diesem Verhältnisse verknüpften Rechten und Verbindlichkeiten, sowohl auf Theilung dringen zu können, als ihr stattgeben zu müssen.

Wenn nun ein Miteigenthümer seinen Antheil verpfändet, so geschieht diß nach dem Werthe desselben zur Zeit der Verpfändung. Dieser Werth ist aber schon durch die Verbindlichkeit, einer von den Andern verlangten Theilung stattgeben zu müssen, bedingt. Wenn daher der verpfändete Antheil dadurch, daß er der Sache nach ausgeschieden wird, eine Werthverminderung erleidet, so ist diß ein Verlust, dessen Möglichkeit schon anfangs mit zu dem verpfändeten Antheile gehörte und daher schon bei der Pfandbestellung in dem ertheilten Pfandrechte begriffen war. Sein Grund liegt also nicht sowohl in der Theilung, als in dem Rechtsverhältnisse des Miteigenthums und der Pfandgläubiger muß sich denselben gefallen lassen.

d) Nach dem gemeinen Rechte steht dem Pfandgläubiger eine Klage gegen die Innhaber der andern Theile immer nur nach dem Verhältnisse des Antheils, den der Verpfänder an der Sache gehabt hat, zu (7). Dieselbe Bestimmung enthielt der Entwurf des Gesetzes. Jezt aber scheint sich die Sache anders zu verhalten. Das Pfandrecht des Gläubigers gieng ursprünglich auf den unabgesonderten, nachher auf den abgesonderten Antheil des Verpfänders.

Werth haben, als die einzelnen Stücke, wenn sie getrennt werden.

(6) Thibaut Pand. §. 217.

(7) S. d. Gesetze in Note 3. Wenn der Verpfänder $\frac{1}{3}$ hatte, gegen jeden Miteigenthümer zu $\frac{1}{2}$.

Ist dieser Antheil nun bei der Theilung verkürzt worden, so ist es eigentlich nichts, als die Theilungsklage (actio communi dividundo), welche ihm vermöge seines Pfandrechtes eingeräumt wird (8), und welche ihrer Natur nach gegen alle andern Miteigenthümer zusammen auf Herausgabe dessen geht, was noch fehlt. Ist diese geschehen, so ist es alsdann Sache der leztern, sich nach Verhältniß ihrer Antheile unter sich auszugleichen.

e) Wenn ein Theilhaber für eine bedingte Forderung ein unbedingtes Pfandrecht, oder für eine gegenwärtige Forderung ein von einer Bedingung abhängig gemachtes Pfandrecht bestellt hat, und die Bedingung erst nach geschehener Theilung eintritt, so hat der Pfandgläubiger dennoch gegen die übrigen Theilhaber die nämlichen Ansprüche, wie wenn das Pfandrecht zur Zeit der Bestellung unbedingt bestanden hätte. Denn nach unserem Gesetze wird die Ordnung der Pfandgläubiger unter sich ganz von der Zeit des Eintrags abhängig gemacht und diese Bestimmung kann nur aus dem Grundsatze hervorgehen, daß der Eintritt der gemachten Bedingung völlig rückwirkende Kraft haben soll, was auch auf das vorliegende Verhältniß seine Anwendung finden muß (9). Hievon wird eine Ausnahme nur dann stattfinden, wenn unter den Parthieen verabredet worden ist, daß ein Pfandrecht nur von einem gewissen Zeitpunkte zu gelten

---

(8) Diese Klage ist nämlich auch dann begründet, wenn nicht ganz, oder nicht richtig getheilt worden ist. l. 3. pr. l. 4. §. 2. D. comun. div. (10. 3.) Nach dem gemeinen Rechte gesteht Thibaut (§. 574.) dem Pfandgläubiger dieselbe nicht zu. Allein nach unserem Gesetze ist das Verhältniß ganz anders. —

(9) Vergl. Art. 96 und die Erläuterung desselben.

und als gar nicht früher vorhanden angesehen werden solle (10).

f) Wenn der Antheil des Verpfänders, ohne daß eine Theilung geschieht, durch Erbgang, Kauf oder auf andere Weise an die andern Miteigenthümer fällt, so wird dadurch das Pfandrecht des Gläubigers nicht ausgedehnt. Es ruht nachher wie vorher auf der Sache nur so weit, als jener Antheil reichte, also wenn er in einem Drittel bestund, auf dem dritten Theile derselben. Auf die übrigen zwei Drittel können also die übrigen Miteigenthümer, auch wenn sie Erben des Verpfänders geworden sind (11), einem Andern ein Pfandrecht bestellen, ohne daß diß von dem Pfandrechte des ersten Gläubigers anders, als durch die gleichmäßige Konkurrenz in der Sache selbst beschränkt wird. Wollten sie aber auch auf das diesem verpfändete Drittel ein Pfandrecht bestellen, so könnte dasselbe nur in einer Nachhypothek bestehen.

g) Wenn der auf einen Theil des ungetheilt gemeinschaftlichen Eigenthums versicherte Gläubiger auf Bezahlung dringt, und es kömmt zu dem Verkaufe der ganzen Sache, bei welchem ein Theil des Kaufschillings in baarem Gelde, der andere in Zielern besteht, so kann der Pfandgläubiger nicht verlangen, daß er ausschließlich auf das baare Geld angewiesen werde. Denn das höchste Recht eines Pfandgläubigers kann nicht weiter gehen, als das seines Schuldners an der verpfändeten Sache. Der ihm schuldende Theilhaber kann aber nicht mehr verlangen, als daß er an dem baaren Gelde einen verhältnißmäßi-

---

(10) S. hierüber das Weitere ebenfalls zu Art. 96.

(11) Als Erben des Verpfänders sind die Miteigenthümer dem Pfandgläubiger freilich mit ihrem ganzen Vermögen verbindlich, allein diese Verbindlichkeit ist nur eine persönliche.

gen Antheil bekomme, und ebenso daher der Pfandgläubiger.

h) Wenn es die Miteigenthümer abwenden wollen, daß der auf Bezahlung dringende Pfandgläubiger es bis zum Verkaufe der Sache treibt, oder wohl gar durch eigenes Angebot Miteigenthümer wird, sie wollen jedoch dem ihm schuldenden, im Miteigenthume mit ihnen stehenden Pfandbesteller die an den Gläubiger zu entrichtende Summe nicht ohne Sicherheit vorstrecken, eben so wenig aber denselben aus dem Miteigenthume durch Kauf verdrängen, so können sie durch Bezahlung des Gläubigers nach Anleitung des Art. 107 in dessen Pfandrecht eintreten.

Von der Beziehung auf reine Tauschverträge.

Die Worte des Gesetzes: „Auf reine Tauschverträge findet dieser Grundsatz keine Anwendung," sind noch zu erläutern.

Die Kommission erkannte, daß die Theilung eines ungetheilt besessenen gemeinschaftlichen Eigenthumes einem Tauschvertrage zu vergleichen sey, indem jeder Theilhaber statt seines gedachten Theiles an der ganzen Sache ein besonderes, wirklich abgesondertes Stück derselben bekomme, oder eintausche. Da sie nun die Bestimmung vorschlug, daß das Pfandrecht bei einer solchen Theilung auf den dem Pfandbesteller zugeschiedenen, von ihm gewissermaßen eingetauschten besondern Theil übergehen solle, so fürchtete sie, daß man diesen für ein besonderes Verhältniß aufgestellten Grundsatz auch auf reine und gewöhnliche Tauschverträge anwenden und daraus folgern möchte, daß bei jedem Tausche das auf der vertauschten Sache ruhende Pfandrecht auf die für dieselbe eingetauschte Sache übergehe.

Ein solches Mißverständniß glaubte die Kommission verhüten zu müssen und schlug daher vor, zu bestimmen: „daß bei einem Tausche die vertauschte Sache durch Uebertragung des darauf haftenden Pfandrechtes auf die eingetauschte Sache nur mit Einwilligung des Gläubigers befreit werden könne (12). Dieser Antrag wurde zwar anfangs von der Kammer als in die Instruktion gehörig ganz abgelehnt, aber doch am Ende der Zusatz von ihr vorgeschlagen, wie er sich jezt in dem Gesetze findet (13).

Die Kommission hatte noch weiter vorgeschlagen, auf die Bestimmung anzutragen, daß „wenn ein verpfändeter Gütercomplex zertrümmert werde, kein Hypothekargläubiger verbunden sey, sich mit seiner Hypothek auf einzelne Güter verweisen zu lassen.“ Die Kammer beschloß jedoch diese Bestimmung abzulehnen, weil sie sich von selbst verstehe.

Die Kammer erkannte somit den Grundsatz ausdrücklich an, daß wer ein Pfandrecht auf eine Sache als Ganzes hat, damit nicht auf einen Theil derselben verwiesen werden kann und es erhellt hieraus noch mehr, daß die Bestimmung des Gesetzes über die Folgen einer Verpfändung von einem Antheile an einer ungetheilt gemeinschaftlichen Sache als eine besondere, nicht auszudehnende anzusehen ist.

„Bestimmtheit (Specialität) der verpfändeten Sache.

Art. 10.

Ein Unterpfand kann nur auf bestimmte, besonders bezeichnete, Gegenstände bestellt werden. Die Ver-

---

(12) Kommiss. Antr. VI. C. 1.
(13) Verhandl. Heft IX. S. 743. Hauptantr. IV.

pfändung der Gesammtheit des gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens eines Schuldners (General-Hypothek) findet nicht Statt. Dagegen kann auf sämmtliche einzelnen, zur Zeit der Verpfändung unter dem Vermögen begriffenen unbeweglichen Sachen und denselben gleichgestellten Rechte ein Unterpfand erworben werden."

„Bestimmtheit der versicherten Summe.

Art. 11.

Die Forderung, für welche durch Unterpfand Sicherheit geleistet wird, muß der Summe nach bestimmt seyn.

Ist die Größe des Anspruchs noch unbestimmt; so muß vor der Bestellung des Unterpfandes der Betrag festgesezt werden, für welchen das Unterpfand haften soll.

Unter eben dieser Voraussetzung kann für eine Forderung ein Unterpfand bestellt werden, deren Verwirklichung noch von einem ungewissen künftigen Erfolg abhängt."

Ueber den Grundsatz der Specialität im Allgemeinen ist in der Einleitung gesprochen worden und es handelt sich daher hier nur noch davon, die näheren daraus hervorgehenden Bestimmungen und die Abweichungen unseres Gesetzes von dem gemeinen Rechte herauszuheben.

1) Gemeines Recht.

a) Nach dem gemeinen, bisher auch in Würtemberg geltenden Rechte kann Jemand nicht nur ein einzelnes, oder mehrere einzelne Stücke seines Vermögens, sondern er kann auch sein ganzes Vermögen, sowohl das zukünftige, als gegenwärtige, oder auch das gegenwärtige und zukünftige zusammen, ohne weitere Bezeichnung, ohne Aufführung der einzelnen Stücke desselben verpfänden. Ja nach einer ausdrücklichen Verordnung Justi-

nian's soll es, wenn Jemand schlechthin „sein Vermögen" (res suas) verpfändet, angesehen werden, als ob er damit auch sein zukünftiges Vermögen gemeint habe (1). Das dadurch auf das ganze Vermögen des Schuldners entstandene Pfandrecht nennt man gewöhnlich Generalhypothek im Gegensatze von der Specialhypothek (2).

b) Es ist, wie die Erläuterung zu Art. 6. zeigte, im Allgemeinen ebenfalls die Regel des römischen Rechtes, daß Jemand nur sein Eigenthum gültig verpfänden kann. Indessen ist die Verpfändung eines zukünftigen Eigenthums nicht nur als Generalhypothek, sondern auch als Specialhypothek gültig, insoferne man eine fremde Sache unter der Bedingung verpfänden kann, wenn man sie später erwerbe.

l. 16. §. 7. D. de pign. (20. 1.) „Aliena res utiliter potest obligari sub conditione, si debitoris facta fuerit."

c) Die Forderung, für welche ein Unterpfand bestellt wird, kann eine gegenwärtige oder zukünftige, eine schon entstandene, oder eine solche seyn, deren Entstehung von dem Eintritte eines gewissen Ereignisses oder von

---

(1) l. 9. C. quae res pign. (8. 17.)

(2) Nach einer neueren Ansicht wäre eine Generalhypothek im römischen Sinne schon vorhanden, wenn die verpfändeten Objekte, ohne daß sie gerade das ganze Vermögen des Schuldners ausmachen, nur im Allgemeinen und nach ihrer Gattung angegeben, Specialhypothek, wenn sie genau und mit scharfer Abscheidung von andern Sachen bezeichnet sind. Merz diss. de vera indole divis. hypothecarum in generales et speciales. Vgl. l. 11. §. 2. D. qui pot. (20. 4.) l. 6. 9. D. in quib. caus. (20. 2.) l. 40. pr. qui et a quib. manum. (20. 2.) Dagegen Wehning Ingenheim Buch II. §. 125. not. d.

einem Zeitpunkte abhängt. Es ist ferner nicht nöthig, daß sie gerade eine bestimmte sey, sondern es kann das Pfand auch im Allgemeinen für eine gegenwärtige oder zukünftige Verbindlichkeit, deren Betrag noch gar nicht, oder doch nicht genau erhoben ist, bestellt werden (3).

2) Neue Gesetzgebung.

Hieran ist nun durch unser Gesetz folgendes geändert worden:

a) Eine allgemeine Verpfändung des ganzen Vermögens kann nicht mehr statt finden, sondern es müssen diejenigen Güter, welche verpfändet werden sollen, genau bestimmt seyn (4). Diß ist jedoch nicht so zu verstehen, als ob nicht einem Gläubiger auf sämmtliche unbewegliche Vermögensstücke seines Schuldners ein Pfandrecht bestellt werden könnte. Diß kann allerdings geschehen, nur wird dazu erfordert, daß jedes der zu verpfändenden Stücke für sich selbst bei der Pfandbestellung aufgeführt und genau bezeichnet werde. Der Grundsatz der Specialität schließt die Verpfändung des ganzen unbeweglichen Vermögens nicht aus, sondern fordert nur Sicherheit und Bestimmtheit in Hinsicht auf die zu verpfändende Sache, während der Grundsatz der Oeffentlichkeit diese Sicherheit in formeller Hinsicht geben soll.

b) Das zu verpfändende Gut muß (die zu Art. 6. angegebenen Ausnahmen abgerechnet) in dem Eigenthume des Verpfänders seyn, und die Verpfändung eines fremden Gutes auf den Fall, daß dasselbe später Eigenthum

---

(3) l. 5. pr. D. de pign. l. 11. pr. qui pot. in pign.

(4) Dieser Grundsatz ist auch in dem preußischen, baierischen und österreichischen Gesetze aufgenommen. Auch das französische Gesetz stellt ihn auf in Art. 2129, weicht aber in mehreren Fällen wieder davon ab. Art. 2122. 2123. 2130.

des Verpfänders werde, ist nach unserem Gesetze unzulässig, wie die Worte: „zur Zeit der Verpfändung unter dem Vermögen begriffenen unbeweglichen Sachen" deutlich zeigen.

c) Für eine bedingte, oder zukünftige Forderung kann wie nach dem gemeinen Rechte ein Unterpfand bestellt werden. Dagegen ist es demungeachtet nöthig, daß eine gewisse Summe der Forderung, oder der Betrag des Anspruches, für welchen das Unterpfand haften soll, festgesezt werde. Diß kann, wo die Forderung an sich noch nicht bestimmt ist, durch Uebereinkunft der Parthieen und in manchen Fällen durch den Ausspruch des Gemeinderathes, oder Waisengerichtes geschehen. Wo aber darüber ein wirklicher Streit entsteht, bleibt nichts anderes übrig, als daß die Sache zu der Entscheidung des ordentlichen Richters gebracht und bis diese erfolgt, statt des wirklichen Unterpfandes eine bloße Vermerkung eingetragen werde (5).

„Schätzung.

Art. 12.

Der Werth des Unterpfandes ist in der Regel von der Obrigkeit durch gewissenhafte Schätzung zu bestimmen.

Wenn jedoch die Betheiligten über die Feststellung des Werths des Pfandes sich vereinigen, oder von einer Schätzung ausdrücklich abstehen; so kann diese unterbleiben. Daß das eine oder das andere geschehen, ist in dem Unterpfandsbuche zu bemerken."

---

(5) Vergl. Art. 79 — 81.

Bei den Unterpfandsbestellungen, wie sie bisher unter Mitwirkung der Behörden geschahen, mußte zwar auch eine Schätzung der zu verpfändenden Güter vorgenommen werden, allein man nahm es meistens damit nicht so genau. Gar häufig lag den Gemeinderäthen weniger daran, den Werth eines Gutes gewissenhaft auszumitteln und anzugeben, als die Vermögensverhältnisse ihres Mitbürgers durch einen hohen Anschlag in ein günstiges Licht zu setzen, und wenn es auf den Grund des ausgefertigten Unterpfandszettels wirklich zu einem Anleihen kam, so deckten die Dreifachheit der Versicherung, oder die immer beigefügte Generalhypothek die Mängel dieses Verfahrens zu.

Anders muß sich die Sache jezt gestalten, da die Generalhypothek aufhört und in Ermangelung einer besondern Uebereinkunft zwischen dem Schuldner und Gläubiger von diesem nur anderthalbfache, ja in manchen Fällen nur einfache Versicherung gefordert werden kann (1). Nun kömmt es sehr darauf an, daß der Werth der zu verpfändenden Gegenstände genau und gewissenhaft ausgemittelt werde und es war eine sehr bedeutende Aufgabe für den Gesetzgeber, Normen aufzustellen, wodurch eine gewisse Festigkeit und Gleichmäßigkeit des Verfahrens bei Schätzungen hergestellt und Willkühr aus persönlichen Rücksichten möglichst ausgeschlossen würde.

Die Regierung glaubte indessen für diesen Zweck nicht mehr thun zu können, als daß sie der schätzenden Behörde gewisse Anhaltspunkte gab. Bei der Schätzung von Gebäuden sollte der Brandversicherungsanschlag berücksichtigt, liegende Güter nach den laufenden Preisen der nächst vorhergegangenen Jahre angeschlagen werden (2).

---

(1) Vergl. Art. 13.

(2) Entwurf §. 18. Der k. Kommissär äußerte in dieser

Dagegen war der Ausschuß der Ansicht, daß man allgemein gültige und bestimmtere Normen für die Einschätzung der zu verpfändenden Gegenstände geben müsse, indem sonst Leidenschaften und persönliche Rücksichten ihr Spiel treiben und die Sicherheit des Unterpfandwesens untergraben würden (3). Er machte daher folgende Vorschläge:

1) Die Feldgüter sollen an jedem Orte wenigstens alle vier Jahre nach Steuerklassen und nach Maßgabe der Preise bei öffentlichen Verkäufen von Gütern der verschiedenen Klassen eingeschäzt, darüber nebst den motivirenden Erfahrungen das Protokoll zum Unterpfandsbuche gelegt und bei jeder einzelnen Verpfändung der Werth des Gutes nach der für die Steuerklasse, in der es sey, gemachten Schätzung mit Rücksicht auf seinen Meßgehalt bestimmt werden (4).

Die Kommission hielt diesen Vorschlag aber für unthunlich, indem eine vorläufige Schätzung jedes einzelnen Gutes zu kostspielig, ein allgemeiner Werthanschlag aber nicht angemessen wäre, und da der Mehr- oder Minderwerth jedes einzelnen Gutes theils von dem Fleiße des Eigenthümers, theils von besondern Verhältnissen abhängen könne. Ihr Antrag gieng daher auf Beibehaltung der in dem Entwurfe enthaltenen Bestimmung, welche dann auch nach langer Debatte von der Kammer angenommen wurde (5).

Beziehung in der Ständeversammlung: „Die Regierung habe nicht mißkannt, daß der Punkt der Schätzung bei Aufstellung des Grundsatzes der Specialität eine höhere Bedeutung bekommen sollte, als bisher; sie habe hingegen dazu keine Grundlage gefunden.“ Verhandl. Heft X. S. 245.

(3) Bericht des ständischen Ausschusses. Zu III. 37 — 46.

(4) Ausschußsätze. III. 38 — 40.

(5) Kommissionsbericht §. 27. Antr. XXVII. 2. Verhandl.

2) In Beziehung auf Gebäude wollte der Ausschuß eine besondere Schätzung mit Rücksicht auf deren Verkäuflichkeit in öffentlicher Versteigerung unter Vergleichung mit dem Steueranschlage vorgenommen wissen, wobei der Brandsteueranschlag nur insoweit in Betracht komme, als der Schätzungswerth denselben nicht übersteigen dürfe(6).— Dagegen fand die Kommission die Berücksichtigung des Brandversicherungsanschlags an sich angemessen, bemerkte aber, daß eine Ueberschreitung desselben zugegeben werden sollte, indem oft Keller und andere unter der Assekuration nicht begriffene Gewölbe, die Area, die zu einem Gewerbe vorzüglich günstige Lage derselben, die auf einem Gebäude ruhenden Gerechtigkeiten, die Zugehörungen u. s. f., einem solchen Objekte einen sehr bedeutenden, außer dem Brandversicherungsanschlag liegenden Werth geben(7). Ihrem Vorschlage gemäß wurde daher die Bestimmung des Entwurfes angenommen, mit dem Zusatze, daß der Brandversicherungsanschlag jedesmal in der Pfandverschreibung oder dem Unterpfandszettel zu bemerken sey (8), was die Regierung genehmigte (9).

Heft X. S. 845. folg. Bei der Verhandlung bemerkte der Präsident für den Antrag des Ausschusses: Dieselbe sey davon ausgegangen, daß die Güter nach ihrem reinen Ertrage zum Behufe des Steueransatzes abgeschäzt und klassificirt werden, daß man also annehmen könne, daß Güter, welche in einer gleichen Steuerklasse liegen, auch von gleicher Qualität seyen; zugleich sey auch Rücksicht darauf genommen, wie viel die Güter bei dem Verkaufe gelten und so ein zuverlässiger Maßstab gegeben, auf welche die Willkühr der Gemeinderäthe nicht einwirken könne. Nach dem französischen Gesetze gründet sich die Schätzung ebenfalls auf die zum Behuf der Steuerumlage gemachte Berechnung des Ertrags. Art. 2165.

(6) Ausschußsätze III. 42. 43.

(7) Komm. Ber. §. 27. Antr. XXVII. 2.

(8) Hauptantr. XXV. 2.

(9) K. Rescr. zu Antr. XXV. 2. Vergl. über diese ganze

3) Ueber die Einschätzung von dinglichen Rechten trug der Ausschuß auf einige nähere Bestimmungen an, welche sowohl von der Kommission, als von der Kammer gebilligt wurden, und in dem lezten Satze des Art. 184. enthalten sind (10).

„Verhältniß des Pfandwerths zum Betrage der Forderung.

Art. 13.

Wird mit Begründung des Rechts auf Bestellung eines Unterpfandes zugleich der Gegenstand bezeichnet, welcher verpfändet werden soll; oder ist das Verhältniß des Pfandrechts zu dem Betrage der Forderung durch Uebereinkunft bestimmt, so hat es hierbei sein Bewenden.

Ist dagegen eine solche Norm nicht gegeben und somit die Verbindlichkeit zur Unterpfandsbestellung nur im Allgemeinen festgesezt; so kann der Gläubiger verlangen, daß der Schätzungswerth des ihm zu gewährenden Unterpfandes nicht unter dem anderthalbfachen Betrage der Forderung bestehe.

Der gesetzliche Pfandrechtstitel der Ehefrau und der Kinder begründet jedoch nur einen Anspruch auf Sicherstellung in dem einfachen Betrage der Forderung.

Die Bestimmungen dieses Artikels bedürfen kaum einer Erläuterung, während die Geschichte derselben von Wichtigkeit ist. 1) Wenn

---

Materie Art. 184. des Gesetzes. Nach demselben ist der Eintrag des Brandversicherungsanschlags auch auf das Unterpfandsbuch ausgedehnt.

(10) Ausschußsätze III. 44. 45. Hierüber wird zu Art. 184. näher gehandelt werden.

1) Wenn die Parthieen sich darüber vereinigen, in welchem Verhältnisse der Werth der zu verpfändenden Gegenstände zu der zu versichernden Forderung stehen solle, so muß diese Uebereinkunft gehalten, und es kann nur aus denjenigen Gründen davon abgegangen werden, aus welchen überhaupt die Auflösung eines geschlossenen Vertrags geschehen kann.

Es kann hier die Frage entstehen, ob es nicht zu Verhinderung von Chikanen des Gläubigers gegen den Schuldner zweckmäßig wäre, zu bestimmen, daß der Werth der Sache die zu versichernde Forderung nur bis zu einer gewissen Höhe überschreiten dürfe (1).

Der Abgeordnete Gmelin d. j. machte auch wirklich den Antrag, zu bestimmen, daß nicht mehr, als der Werth des doppelten Betrages der Forderung verpfändet werden dürfe, indem eine zweifache Hypothek jezt mehr Sicherheit gewähren werde, als früher eine dreifache und man den Landmann gegen die wahrscheinlich dennoch fortgesezten Ansprüche der Gläubiger auf eine dreifache Hypothek schützen müsse.

Es wurde jedoch dagegen bemerkt, daß man den Willen der Parthieen auf eine solche Weise nicht beschränken könne, daß es den Landleuten dadurch namentlich für die nächste Zeit erschwert werden würde, Geld zu bekommen, daß sich das Vertrauen zu dem neuen Gesetze erst befestigen müsse, und daß sich alsdann durch die Konkurrenz der Ausleiher deren Ansprüche auf einen unverhältnißmäßigen

---

(1) Das französische Gesetz bestimmt, daß wenn bei nicht vertragsmäßigen Hypotheken der Werth der verpfändeten Güter den Betrag der Forderung um mehr als ein Drittel übersteige, der Schuldner Löschung der Hypothek bis auf diesen Betrag verlangen könne. Art. 2161. 2162. Zachariä Handb. Thl. II. §. 213.

Unterpfandswerth von selbst vermindern werden. Aus diesen Gründen wurde der Antrag, wohl mit Recht, abgelehnt (2).

2) Eine gesetzliche Bestimmung über das Verhältniß des Pfandwerthes zu der Forderung ist ferner überflüssig, wenn mit Begründung des Rechtes auf Bestellung eines Unterpfandes zugleich dessen Gegenstand bezeichnet wird.

Diß ist nicht nur da der Fall, wo die Parthieen übereinkommen, daß ein Unterpfand auf eine gewisse Sache bestellt werden soll, ohne gerade deren Werth zu bestimmen, sondern auch da, wo mit Entstehung eines Pfandrechtstitels zugleich der Gegenstand bezeichnet ist, auf welchen er ausgeübt werden soll, wie diß namentlich bei dem Pfandrechtstitel der Baugläubiger, oder der eingewiesenen Gläubiger der Fall ist (3).

3) Wenn die Fälle unter 1. und 2. nicht eintreten, so kann der Gläubiger fordern, daß der Pfandwerth seine Forderung wenigstens um ein Drittheil übersteige.

Bei den Verhandlungen über diesen Punkt trug v. Autenrieth darauf an, zu bestimmen, daß der zu verpfändende Werth der Güter dem zweifachen Betrage der Forderung gleichkommen müsse, indem der Gläubiger nur auf diese Weise hinlänglich gesichert sey. Andere bemerkten, daß sich wenigstens die Verwalter von pflegschaftlichem Vermögen nicht mit anderthalbfachen Versicherungen begnügen können, indem sie gezwungen seyen, das Geld ihrer Pfleglinge auszuleihen. Es wurde hierauf erwiedert, daß, da keine unbekannten Pfandrechte mehr existiren, bei gesetzlichen Pfandrechtstiteln eine Verpfändung des anderthalbfachen Werthes mehr als hinlänglich, und daß bei

---

(2) Verhandl. Heft. X. S. 852. 853.

(3) Art. 42. 43. Vergl. die Kommissionsanträge Ziffer IX.

vertragsmäßigen Pfandbestellungen keine Gränze sey, daher die Verwaltungsstellen bestimmen werden, ob die Kuratelen sich mit anderthalbfachen Versicherungen begnügen sollen. Dem Antrage der Kommission gemäß wurde die gegenwärtige, schon in dem Entwurf enthaltene Bestimmung angenommen (4).

4) Der gesetzliche Pfandrechtstitel der Kinder und der Ehefrau begründet nur einen Anspruch auf Sicherstellung im einfachen Betrage der Forderung.

In Beziehung auf die Ansprüche der Kinder und Ehefrauen auf Sicherung ihres Vermögens durch Pfandbestellung hatten sowohl der Entwurf, als die Anträge des Ausschusses und der Kommission keine besondere Bestimmung über den Betrag der zu verpfändenden Gegenstände. Der Abgeordnete Essich machte aber, weil es nicht nur sehr oft den Ehemännern, sondern auch den Eltern schwer fallen würde, anderthalbfache Versicherung zu geben, den Antrag, daß sowohl die Ehefrauen, als auch die Kinder mit einer einfachen Versicherung sich zu begnügen haben. Beides wurde mit großer Stimmenmehrheit angenommen (5).

Es läßt sich hiebei nicht verkennen, daß bei den Ehefrauen das Sprichwort: „die dem Manne traut, traut auch den Schulden," hier mit Recht in gewisser Hinsicht zur Anwendung kömmt. Dagegen fragt es sich, ob der nämliche Maßstab auf die Versicherungen der Kinder anzuwenden war, da die Eltern, wie der Abgeordnete Gmelin der Aelt. bemerkte, den Genuß von deren Vermögen haben, also auch zu einer hinreichenden Sicherheitsleistung verpflichtet wären, und da es ferner nicht in dem freien Willen der

---

(4) Entwurf §. 19. Kommiss. Antr. IX. Verhandl. Heft IX. S. 743. 744. Heft X. S. 850. 851. 852.

(5) Verhandl. Heft X. S. 853. 854. 855.

Kinder, sondern in dem Gesetze liegt, daß die Eltern die Verwaltung und den Genuß ihres Vermögens haben.

„Pfandschein.

Art. 14.

Eine vorgängige schriftliche Uebereinkunft wegen Bestellung eines Unterpfandes ist nicht erforderlich.

Unter welcher Voraussetzung dagegen nach der Eintragung der Unterpfänder in das Unterpfandsbuch die Behörde für die Ausfertigung eines Pfandscheins, mag derselbe mit einer Schuldverschreibung verbunden werden, oder auf einen Auszug aus dem Unterpfandsbuche sich beschränken, zu sorgen habe, ist im Art. 191 näher bestimmt.

Die Ausstellung eines solchen Pfandscheins wird jedoch zur Gültigkeit des Unterpfands in keinem Fall erfordert."

Dieser Artikel enthält im Wesentlichen keine Abänderung der schon in dem Entwurfe (§. 20) enthaltenen Sätze. Es wurde bloß auf den Antrag der Kommission zu Verhütung eines Mißverständnisses, als ob die Ausstellung eines Pfandscheins zu dem Bestande eines Unterpfandrechtes wesentlich erfordertwerde, bei der Redaction beigefügt, daß diß nicht der Fall sey.

Zweites Kapitel.

„Von dem Rechtsgrunde, der Erwerbung und dem Umfange des Unterpfands."

Der gegenwärtige Abschnitt handelt zuerst davon, unter welchen Voraussetzungen und auf welche Weise Unterpfandsrechte entstehen.

Die Lehre des römischen Rechtes über diese Frage wird erschöpft durch die Aufzählung der Rechtsgründe, aus welchen im Allgemeinen Pfandrechte entstehen können, denn sobald nach den römischen Gesetzen der Rechtsgrund für ein Unterpfandsrecht vorhanden ist, so erhält auch das Recht selbst sein Daseyn, indem es zu Verwirklichung desselben keiner weitern Handlung, keiner Förmlichkeit mehr bedarf.

Anders verhält sich diß nach unserem Gesetze. Dasselbe enthält die Bestimmung, daß zu dem wirklichen Daseyn eines Unterpfandes ein gerichtliches Erkenntniß und der Eintrag in das Unterpfandsbuch nothwendig sey.

Dieser Eintrag eines Unterpfandes kann aber auch nur dann erfolgen, wenn derjenige, zu dessen Besten er geschieht, das Recht hat, die Bestellung eines Unterpfandes zu verlangen. So bilden sich denn zwei wesentliche Bedingungen für die Entstehung eines Unterpfandes nach unserem Gesetze:

1) Es muß ein Rechtsgrund für die Bestellung eines Unterpfandes vorhanden seyn, d. h. der, welcher eine Unterpfandsbestellung anspricht, muß diesen Anspruch auf irgend eine Weise rechtlich begründen können.

2) Der Anspruch selbst auf Unterpfandsbestellung enthält das Recht des Unterpfandes noch nicht in sich, sondern damit dieses entstehe, muß jener Anspruch erst auf die ge-

setzlich vorgeschriebene Weise von der Unterpfandsbehörde vollzogen, er muß erst verwirklicht werden.

Der Gesetzgeber muß daher bestimmen:

1) auf welche Weise ein Anspruch auf Unterpfandsbestellung entstehen könne und

2) wie derselbe zu vollziehen, oder zu verwirklichen sey.

Das erste geschieht, indem er die Rechtsgründe aufzählt, welche in verschiedenen Verhältnissen jenen Anspruch geben, also durch die Angabe der Pfandrechtstitel, das zweite wird hier nur angedeutet, indem die weitere Ausführung in den pragmatischen Theil des Gesetzes gehört.

„I. Rechtsgrund der Unterpfandsbestellung.

Art. 15.

Das Recht, eine Unterpfandsbestellung zu verlangen (der Pfandrechtstitel), kann sich gründen:

1) auf den erklärten Privatwillen;

2) auf den Ausspruch des Gesetzes."

Dem Entstehungsgrunde nach kennt das römische Recht zwei Hauptarten von Pfandrechten: 1. das freiwillig bestellte Pfandrecht, welches entweder auf Vertrag, oder lezter Willensverordnung beruht und 2. das nothwendige, welches entweder durch die Vorschrift der Gesetze unmittelbar, oder durch eine richterliche Verfügung entsteht (1).

Diese Eintheilung ist ihrem eigentlichen Wesen nach in der Natur der Sache gegründet und daher auch in un-

---

(1) Vergl. Thibaut §. 640. Mackeldey Lehrbuch des heutigen römischen Rechts §. 364 — 69. Wehning II. Buch §. 125.

ferem Gesetze zu Grunde gelegt. Nach demselben entsteht daher ein Unterpfand

1) durch die freiwillige Bestimmung desjenigen, der ein Unterpfand auf eine Sache zu bestellen befugt ist, und zwar

a) durch lezte Willensverordnung (leztwilliger Pfandrechtstitel);

b) durch Vertrag (vertragsmäßiger Pfandrechtstitel);

2) durch den Ausspruch des Gesetzes, welches bestimmt, daß in gewissen Fällen den Personen, welche einen Anspruch an Andere zu machen haben, von diesen ein Pfandrecht bestellt werden müsse, (gesetzliche Pfandrechtstitel) und zwar

a) unmittelbar durch die Bestimmungen des Gesetzes, oder

b) durch den Ausspruch des Richters, welcher auf den Grund allgemeiner oder besonderer gesetzlicher Vorschriften entscheidet, daß eine Parthie Sicherheit durch Unterpfänder zu fordern berechtigt sey. (Pfandrechtstitel der Kautionsberechtigten.)

Bei Bestimmung der gesetzlichen Pfandrechtstitel mußte sich der Gesetzgeber vor einer Vervielfältigung derselben hüten. Denn je mehr sich die Fälle häufen, in welchen ein Gläubiger auch wider den Willen des Schuldners ein Unterpfand erlangen kann, desto mehr wird dieser in der freien Verfügung über das Seinige beschränkt, desto weniger ist ihm Raum zu freien Verpfändungen gelassen und desto größer wird die Hemmung des freien Verkehrs.

Aus dieser Rücksicht ist das Daseyn eines gesetzlichen Pfandrechtstitels auf wenige Verhältnisse beschränkt worden und es sind manche frühere gesetzliche Pfandrechte

weggefallen, ohne daß sie durch einen Pfandrechtstitel ersezt worden wären.

Indessen wird diese nothwendige Strenge des Gesetzes theilweise durch die Prioritätsordnung gemildert, durch welche einige Personen, welche früher ein stillschweigendes Pfandrecht hatten und es nun verlieren, bei ausbrechendem Gante eine bessere Stelle, als die einfachen Gläubiger erhalten.

„I.) Von dem auf Privatwillen beruhenden Pfandrechtstitel.

Art. 16.

Der Privatwille wird erklärt:

a) durch lezte Willensverordnung;

b) durch Vertrag.

a) Vom leztwilligen Pfandrechtstitel.

Art. 17.

Die Gültigkeit eines durch lezte Willenserklärung ertheilten Pfandrechtstitels, es mag in Folge desselben die Schuld des Testirers oder die Schuld eines Dritten durch Unterpfand zu versichern seyn, hängt einzig von dem Rechtsbestande der leztwilligen Verordnung ab."

Nach der herrschenden und richtigen Ansicht kann nach gemeinem Rechte ein Pfandrecht auf einer leztwilligen Verordnung beruhen (1), jezt ein Pfandrechtstitel, indem ein Erblasser verordnet, daß seinem Gläubiger,

---

(1) l. 26. pr. D. de pign. act. (13. 7.) „Non est mirum, si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui, cum testamento quoque pignus constitui posse, Imperator noster cum Patre saepissime rescripsit. Glück Commentar Bd. XVIII. S. 189. 190.

oder dem Gläubiger eines Andern für seine Forderung ein Pfandrecht auf eine gewisse Sache bestellt werden solle, oder indem er bei Bestimmung eines Vermächtnisses dasselbe durch ein Pfandrecht gesichert wissen will. — Das leztwillig gegebene Pfandrecht selbst wird von den Gesetzen mit einem Vermächtnisse verglichen (2) und das Nämliche gilt nun ohne Zweifel von dem Pfandrechtstitel.

1) Von den Bedingungen der Gültigkeit dieses Vermächtnisses.

a) Der Erblasser muß vor Allem fähig seyn, einen lezten Willen zu errichten.

b) Der Pfandrechtstitel kann sowohl in einem Testamente, als in einem, selbst unbestätigten Kodicille (3) gegeben werden.

c) Durch eine Willensänderung des Erblassers geht er nach denselben Regeln verloren, wie andere Vermächtnisse (4).

d) Wird der lezte Wille von den Intestaterben umgestoßen, so bleibt das Vermächtniß bei Kräften, wenn sich die Klage gegen das Testament auf das neuere römische Recht (Nov. 115. C. 2. 3.) gründete (5), dagegen fällt es, wenn sie nach dem älteren Rechte angestellt wurde (6).

e) Treten die eingesezten Erben nicht an, so gilt

---

(2) l. 9. D. de annuis leg. (33. 1.) l. 12. de alim. leg. (34. 1.) Bolley von öff. Unterpf. §. 121. Gesterding §. 14. Glück a. a. O.

(3) Westphal §. 35. Art. 56. Glück a. a. O. S. 188.

(4) Vergl. hierüber Thibaut §. 829.

(5) Nov. cit. Cap. 3. §. 14. in fin. Mackeldey Lehrb. §. 469. Hoffacker princ. §. 1577.

(6) l. 13. D. de inoff. testam. (5. 2.) l. 36. de leg. III. (32.) Thibaut §. 819. Vergl. Weishaar Bd. II. §. 743.

das Vermächtniß, wenn die Kodicillarclausel in dem Testamente enthalten ist, außerdem nicht (7).

2) Eintritt und Wirkungen.

a) Wenn der Erblasser verordnet, daß Jemanden ein Pfandrecht auf ein Erbschaftsstück, oder eine dem Erben selbst gehörige Sache bestellt werden soll, so kann der Pfandrechtstitel sogleich nach angetretener Erbschaft, in keinem Falle aber früher geltend gemacht werden (8).

b) Wollte der Erblasser ein Pfandrecht auf die Sache eines Dritten bestellt wissen, so kann auf den Grund dieser Verordnung ein Pfandrechtstitel erst dann wirklich geltend gemacht werden, wenn der dritte Eigenthümer in die Verpfändung einwilligt, oder wenn der Erbe die Sache von demselben einlöst.

Dagegen fragt es sich, ob derselbe zu dieser Einlösung vermöge seines Erbschaftsantrittes rechtlich verbunden ist. Wenn nämlich Jemanden eine fremde Sache vermacht ist, so muß sie der Erbe einlösen, wenn der Erblasser wußte, das sie fremd sey, d. h. einem Dritten gehöre, nicht aber, wenn es ihm unbekannt war (9). Ueberläßt in dem ersten Falle der Eigenthümer die Sache dem Erben nicht, so muß dieser deren Werth an den Legatar ersetzen.

Diese Regeln beruhen darauf, daß sich der Erbe durch die Erbschaftsantretung verbindlich gemacht hat, alle Verordnungen des Erblassers, worinne sie auch bestehen, zu erfüllen. Davon wird er ausnahmsweise nur dann entbunden, wenn der Erblasser Jemanden die Sache eines Dritten legirte, ohne zu wissen, daß sie weder ihm, noch

---

(7) l. 2. in fin. J. de lege falc. (2. 22.)
(8) Siehe zu Art. 38. unter 2.
(9) §. 4. J. de leg. (2. 20.)

dem Erben gehöre, indem angenommen wird, daß wenn der Erblasser diß gewußt hätte, er das Legat nicht gemacht haben würde.

Wenn nun ein Erblasser bestimmte, daß sein Erbe einem Gläubiger oder Legatar auf die Sache eines Dritten ein Unterpfand bestellen solle, so ist der Erbe verpflichtet, diese Verordnung wie jede andere zu erfüllen. Wird ihm diß durch den entgegengesezten Willen des dritten Eigenthümers unmöglich gemacht, so muß er wenigstens thun, was in seiner Macht steht, und das anbefohlene Unterpfand entweder auf eine eigene, genügende Sicherheit darbietende Sache einräumen, oder den Gläubiger auf andere Weise zufrieden stellen.

c) Ist ein Pfandrechtstitel unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung vermacht, so kann er erst mit deren Eintritt geltend gemacht werden.

d) Wenn für ein ausgesezтes Legat zugleich ein Pfandrechtstitel gegeben ist, so kömmt es zunächst auf die besondere Bestimmung des Erblassers an. In Ermanglung derselben aber kömmt lediglich das Gesetz über den Pfandrechtstitel der Legatare in Anwendung (10).

Art. 18.

„Zur Gültigkeit des vertragsmäßigen Pfandrechtstitels wird erfordert, daß derjenige, welcher dem Andern ein Pfandrecht einräumen will, die Fähigkeit habe, über sein Vermögen zu verfügen, und wenn er als Verwalter eines

---

(10) Die leztwillige Bestellung eines Pfandrechtstitels kann für einen Legatar dann wichtig seyn, wenn ihm der Bestimmung des Erblassers gemäß das Pfand bestellt werden soll, selbst ehe er wirklichen Anspruch auf das Legat hat, ehe der dies cedit. S. hierüber zu Art. 38 unter 2.

fremden Vermögens handelt, daß er für Rechnung desselben eine Schuldverbindlichkeit einzugehen und Güter zu verpfänden ermächtigt sey.

Art. 19.

Ist auch ein Schuldner der Verwaltung seines Vermögens noch nicht entsezt; so kann gleichwohl von ihm ein Unterpfand nicht mehr bestellt werden, wenn er dem Gemeinderath oder dem Gericht seine Ueberschuldung angezeigt; oder wenn der Gemeinderath, wegen Besorgniß einer Ueberschuldung, bei dem Oberamtsgericht auf Untersuchung des Vermögens des Schuldners von Amtswegen angetragen hat; oder wenn ohne einen solchen Antrag dem Gemeinderath von dem Oberamtsgericht der Auftrag zur Vermögensuntersuchung ertheilt worden ist; oder wenn die Behörde auf den Grund der Kenntniß von dem Vermögensstande des Schuldners eine Unterpfandsbestellung schon einmal abgelehnt hat. In allen diesen Fällen ist sogleich die erforderliche Bemerkung in das Unterpfandsbuch einzutragen. Eine nach solchem Eintrage und vor gesetzmäßiger Entfernung des Grundes desselben geschehene Verpfändung ist nichtig.

Art. 20.

Die Bestimmungen des vorstehenden Artikels sind auch bei den Gerichtshöfen analog in Anwendung zu bringen."

Der vorliegende Artikel handelt von dem Erwerbe eines Pfandrechtes durch Vertrag und den Voraussetzungen, unter welchen derselbe gültig ist.

1) Durch Vertrag kann ein Pfandrechtstitel, aber nicht das Pfandrecht selbst erworben werden.

Wenn sich ein Schuldner gegen seinen Gläubiger verbindlich gemacht hat, demselben für seine Forderung ein Unterpfand zu bestellen, so erhält dieser dadurch einen Pfandrechtstitel, d. h. er kann, wenn den Schuldner sein Versprechen auch wieder gereute, rechtlich verlangen, daß ihm in Gemäßheit des abgeschlossenen Vertrages das Unterpfand wirklich bestellt werde. Daß er dabei beweisen muß, es seye zwischen ihm und dem Schuldner ein solcher Vertrag wirklich abgeschlossen worden, versteht sich von selbst.

Die Abweichung unseres Gesetzes von dem gemeinen Rechte besteht also lediglich darinne, daß durch die Einwilligung des Schuldners allein noch kein Pfandrecht, sondern bloß ein Recht des Gläubigers auf Bestellung desselben entsteht.

2) Natur des Vertrages.

Derselbe ist nach den nämlichen Regeln zu beurtheilen, wie jeder gewöhnliche Vertrag. Die Einwilligung kann also von dem Schuldner ausdrücklich gegeben werden, oder sie kann aus einer bezeichnenden Handlungsweise desselben zu vermuthen seyn. Wenn er z. B. stillschweigend zuläßt, daß für seine Schuld durch einen Andern in seiner Anwesenheit mit dem Gläubiger ein Vertrag über Pfandbestellung abgeschlossen wird, so kömmt die Regel in Anwendung, daß wenn Jemand die Geschäfte eines Andern in dessen Anwesenheit besorgt und dieser nicht widerspricht, seine Einwilligung vermuthet wird.

l. 6. §. 2. l. 18. D. mandati (17. 1.)

„Qui patitur ab alio mandari, ut sibi credatur, mandare intelligitur (1).“

---

(1) l. 12. D. de evict. (21. 2.) l. 38. §. 1. D. de don. inter vir. et uxor. (24. 1.) l. 60. D. de R. J. (50. 17.)

Eine Vermuthung für die Einwilligung eines vorgeladenen und nicht erschienenen Schuldners wegen Ungehorsams findet nach unserem Gesetze nicht Statt (2).

Die getroffene Uebereinkunft über Bestellung eines Unterpfandes kann aus allen denjenigen Gründen wieder aufgehoben werden, aus welchen die Aufhebung eines Vertrages überhaupt geschehen kann, also namentlich wegen Betrugs, Irrthums u. s. f. Ebenso ist die Frage, in wieferne Wiedereinsetzung in den vorigen Stand stattfinde, den Regeln des gemeinen Rechtes überlassen.

3) Der Vertrag muß auf Unterpfandsbestellung gehen.

Wenn der Schuldner überhaupt versprochen hat, seinem Gläubiger Sicherheit zu leisten, so begründet diß nicht gerade einen Pfandrechtstitel für den leztern. Denn Sicherheit kann auch durch Faustpfänder, Bürgen oder auf andere Weise gegeben werden. Nur dann, wenn der Schuldner außer Stand wäre, auf irgend eine andere Art Sicherheit zu leisten, würde der Gläubiger auf den Grund jenes Versprechens, dessen Erfüllung er verlangen kann, die Bestellung eines Unterpfandes zu fordern berechtigt seyn.

Ist dagegen ein anderer Vertrag abgeschlossen, im Grund aber nur die Bestellung eines Pfandrechtes damit bezweckt worden, so erwirbt der Gläubiger dadurch ein Recht auf dieselbe, einen Pfandrechtstitel.

l. 3. C. plus valere quod agitur (4. 22.)

„Emtione pignoris causa facta non quod scriptum, sed quod gestum est, inspicitur.“

Es wird wohl keinem Zweifel unterliegen, daß wenn ein Gläubiger und sein Schuldner in der irrigen Mei-

(2) Vergl. Art. 198 folg.

nung, daß ein Unterpfandsrecht durch bloßen Vertrag erworben werden könne, über dessen Bestellung vertragmäßig übereingekommen sind, dieser Vertrag wenigstens so weit gültig sey, daß für den Gläubiger dadurch ein Pfandrechtstitel begründet werde. Man setze nun folgenden Fall: A entlehnt von B 500 fl., für welche Schuld das Haus des A verpfändet werden soll. Es wird nun eine Urkunde ausgefertigt, daß B das Haus des A um die Summe von 500 fl. käuflich übernehme, daß aber A das Haus gegen Verzinnsung dieser Summe ferner bewohnen und benützen, die Gefahr tragen, an dem Kaufschillinge selbst jährlich 100 fl. ablösen, und daß ihm das Haus wieder zufallen solle, wenn die 500 fl. ganz abgelöst seyen. — Das Geschäft ist in der Form eines Kaufes eingegangen, aber nach der Absicht der Parthieen sollte es nichts als die Bestellung eines Unterpfandsrechtes für B auf das Haus des A enthalten. Daß dieser Vertrag eigentlich vorhanden sey, ist nach l. 3. C. cit. anzunehmen, und ist er vorhanden, so begründet er für B einen Pfandrechtstitel.

4) Der Schuldner muß ein Unterpfand zu bestellen berechtigt, und gesetzlich fähig seyn.

Er ist es aber nicht, wenn er ein Unterpfand auf eine fremde Sache bestellen will, ohne hiezu besondere Befugniß zu haben, wovon schon früher die Rede war (2). Er ist es ferner nicht: 1. wenn er nicht die gesetzliche Fähigkeit hat, eine Verbindlichkeit überhaupt, oder eine Verbindlichkeit dieser Art zu übernehmen, 2. wenn ihm das Verwaltungs- oder Nutznießungsrecht eines Andern auf die zu verpfändende Sache eine Beschränkung auferlegt, oder wenn er 3. sich in einem solchen Zustande der

(2) Vergl. Art. 6.

Ueberschuldung befindet, daß ihm eine Verpfändung liegender Güter nicht mehr gestattet werden kann.

So sind denn folgende Personen ganz oder theilweise verhindert, Unterpfandsrechte auf ihr Eigenthum zu bestellen:

a) Minderjährige, welche überhaupt ohne ihre Vormünder keine Verbindlichkeit so eingehen können, daß sie den deßhalb abgeschlossenen Vertrag nicht als ungültig anzufechten im Stande wären. Noch weiter geht das Landrecht in Beziehung auf die Veräußerung oder Verpfändung liegender Güter, indem es deren Gültigkeit selbst dann von gerichtlicher Genehmigung abhängig macht, wenn der Minderjährige für seine gewöhnlichen Geschäfte als volljährig erklärt worden ist (3). Auch ist hier zu bemerken, daß diejenigen Minderjährigen, welche Heurathserlaubniß erhalten haben, damit noch nicht zur Selbstverwaltung ihres Vermögens und namentlich nicht zur Veräußerung liegender Güter berechtigt sind (4).

b) Betrunkene, Wahnsinnige und gerichtlich erklärte Verschwender können überhaupt nicht auf eine gültige Weise Verbindlichkeiten eingehen (5).

c) Kinder, welche sich in der väterlichen Gewalt be-

---

(3) Landrecht Thl. II. Tit. 26. 27. S. 313. 314.

(4) Generalrescript v. 20. Jun. 1749 bei Kapf. S. 371. Weishaar §. 36.

(5) Nach dem Landrechte Thl. II. Tit. 30. §. , wann auch" S. 319. sollen selbst die Geschäfte derer, welche noch nicht für Verschwender erklärt und der Verwaltung ihres Vermögens nicht entsezt sind, ungültig seyn und sogar von ihnen selbst angefochten werden können, wenn sie eine offenbare Verschwendung enthalten. Diß ist aber in §. 191 des IV. Edikts aufgehoben.

befinden, haben schon im Allgemeinen keine volle Befugniß, über das Ihrige zu verfügen, was sich natürlich auch auf Verpfändungen erstreckt. Die Regel ist, daß sie nur dasjenige Vermögen verpfänden können, welches durch Gesetz, oder besondere Bestimmung dem väterlichen Einflusse entzogen und ihrer Verwaltung übergeben ist. Dahin gehört das militärische und außerordentliche adventitische Sondergut. Jedoch steht ihnen begreiflich auch hierüber nur dann ein unbedingtes Verfügungsrecht zu, wenn sie volljährig sind. Das ordentliche adventitische Sondergut, wovon der Grundstock zwar Eigenthum der Kinder, die Verwaltung und Nutznießung aber in den Händen des Vaters ist, können sie nicht verpfänden, und eben so wenig das profektitische, d. h. dasjenige Sondergut, welches sie durch die Freigebigkeit des Vaters so erhalten haben, daß ihnen nur ein widerrufliches Recht darauf zusteht.

Nach beendigter väterlicher Gewalt findet eine Beschränkung der Kinder in dem Rechte, ihr Eigenthum zu verpfänden, nur insoferne Statt, als dasselbe sich in der gesetzlichen Nutznießung der Eltern befindet. Sie können eine Verpfändung vornehmen, jedoch unbeschadet dieser Nutznießung (6).

d) Weiber sind, wenn sie auch das Alter der Volljährigkeit erreicht haben, doch auf eine zweifache Weise in den Verfügungen über ihr Eigenthum beschränkt, nämlich theils durch die Rechte des Ehemanns, theils wegen ihrer persönlichen Eigenschaften durch das Gesetz.

aa) Während der Ehe darf eine Frau ohne Zustimmung ihres Gatten keine Veräußerung vornehmen. Diese Beschränkung ihres Verfügungsrechtes bezieht sich nicht

(6) Bolley von öffentl. Unterpf. §. 60.

nur auf das gemeinschaftliche Eigenthum, also bei der allgemeinen Gütergemeinschaft auf sämmtliche, und bei der Errungenschaftsgemeinschaft auf die wohlgewonnenen Güter, sondern auch in dem lezteren Verhältnisse auf ihr beigebrachtes Vermögen, soferne sie sich nicht in einem Ehevertrage die Verwaltung desselben, oder wenigstens eines Theiles davon ausdrücklich ausbedungen hat (7).

Von dieser Regel treten jedoch Ausnahmen ein 1. wenn der Ehefrau die Vermögensverwaltung von dem Manne, oder von der Obrigkeit übergeben worden, 2. wenn sie in Abwesenheit des Mannes zu Uebernahme derselben genöthigt ist, 3. in Haushaltungssachen, 4. in Sachen des Handelsgeschäftes, welches die Frau mit Erlaubniß des Mannes treibt, 5. wenn Veräußerungen zum Besten der ehelichen Gesellschaft gereichen, so daß sie der Mann nachher nicht mit Grund anfechten kann, oder 6. wenn sie nothwendig sind (8).

bb) Außerdem kann ein Weib in der Regel keinen Vertrag ohne Zuziehung eines Kriegsvogtes auf eine völlig wirksame Weise eingehen (9). Dieser Kriegsvogt ist während der Ehe auf gesetzliche Weise der Ehemann und wenn es sich von einem mit ihm selbst einzugehenden Vertrage handelt oder eine Weibsperson unverheurathet ist, ein besonders verpflichteter Geschlechtsvormund. Ein noch minderjähriger Ehemann kann nicht der Geschlechtsvormund seiner Frau seyn.

Indeß bedarf die Frau zu vollkommen gültigem Ab-

---

(7) Pfizer Rechte und Verbindl. der Weiber Thl. I. §. 65. 118. Weishaar §. 127. Hoffacker princ. §. 459. Bolley von öff. Unterpf. S. 127.

(8) Danz Handbuch Thl. VI. S. 409. folg.

(9) Landr. Thl. II. Tit. 29. §. 2. S. 317.

schlusse eines Vertrages keines Kriegsvogtes, wenn sie dadurch keine Verbindlichkeit übernimmt, bei Verträgen mit ihren leiblichen Kindern, bei gesetzlich nothwendigen Handlungen, welche sie auch wider ihren Willen vornehmen muß, in Haushaltungssachen, oder wenn sie eine Handelsfrau ist, in Handelsgeschäften (10).

e) Ueberschuldete Personen. Daß die Unterpfandsbehörde, wenn sie den überschuldeten Zustand einer Person, welche ein Unterpfand bestellen will, kennt oder mit Grund befürchtet, über die Unterpfandsbestellung nicht mehr erkennen solle, ist auf den Antrag der Stände (11) in das Gesetz aufgenommen worden. Dagegen wurde in der Kammer ausgesprochen, daß es nicht räthlich sey, in das gegenwärtige Gesetz, wie die Kommission vorgeschlagen hatte (12), Bestimmungen darüber aufzunehmen, unter

---

(10) Griesinger Komment. Bd. IV. S. 1180.

(11) Hauptantr. VIII.

(12) Kommissionsanträge. Ziffer X. Der vorgeschlagene Satz der Kommission ist dieser: „Eine von einem insolventen Schuldner vorgenommene Verpfändung kann nur dann angefochten werden, wenn sie unter Umständen Statt hatte, aus welchen eine Begünstigung des Gläubigers vor einem andern unzweifelhaft hervorgeht. Die Anfechtung einer solchen Verpfändung steht jedoch in diesem Falle nur den wirklich verletzten Gläubigern gegenüber von demjenigen, zu dessen Gunsten sie ausgestellt wurde und dessen Erben, nicht aber gegenüber vom dritten redlichen Besitzer der Pfandverschreibung zu.“ Der Präsident trug dagegen darauf an, diesen Zusatz ganz wegzulassen und dafür die andern Sätze beizufügen, daß wenn die Unterpfandsbehörde aus dem Grund der Kenntniß der Vermögensumstände des Schuldners eine neue Verpfändung einmal abgewiesen habe, sie keine neue Verpfändung mehr zulassen könne, bis das Oberamtsgericht hierüber erkannt habe. Dieser Antrag wurde sofort angenommen. Ständ. Verhandl. Heft IX. S. 748 — 749.

welchen Bedingungen die einmal von einer überschuldeten Person vorgenommene Unterpfandsbestellung von den Gläubigern solle angefochten werden können. Darüber ist es also bei dem gemeinen Rechte geblieben, über dessen Auslegung die Rechtsgelehrten freilich sehr verschiedener Meinung sind.

Es muß nun vorerst bemerkt werden, daß in Beziehung auf Verpfändungen wenigstens an dem gemeinen Rechte durch das Landrecht (13) nichts geändert worden ist.

1) Bei allen Veräußerungen eines zahlungsunfähigen Schuldners vor ausgebrochenem Gante, welche den Gläubigern zum Schaden gereichen, muß, damit sie für ungültig erklärt werden können, der Veräußerer in bösem Glauben seyn. Diß ist allgemein anerkannt. Dieser böse Glaube ist nun aber wohl gewiß vorhanden, wenn der Schuldner wußte, daß er seine Gläubiger durch die Veräußerung in Schaden bringe und dieselbe dennoch in diesem Bewußtseyn vorgenommen hat.

l. 15. D. quae in fraud. cred. (42. 8.)

l. 17. §. 1. eod. „Lucius Titius, cum haberet creditores, libertis suis hisdemque filiis naturalibus universas res suas tradidit. Respondit: Quamvis non proponatur, consilium fraudandi habuisse; tamen qui creditores habere se scit et universa bona sua alienavit, intelligendus est fraudandorum creditorum consilium habuisse.“

Wenn Jemand Gläubiger hat und seine Güter verschenkt, so wird angenommen, er habe jene betrügen wollen. Es ist aber ganz dasselbe, wenn er bereits mehr Schul-

---

(13) Landr. Thl. II. Tit. 75. §. „nachdem sich oftermals einer“ S. 208. Weishaar über Konkurs und Präkurs §. 29. Bolley S. 157.

den, als Vermögen hat und, ob er diß gleich weiß, einen Theil dieses Vermögens noch veräußert. Denn es muß ihm in diesem Falle ebenfalls klar seyn, daß er den Gläubigern Schaden bringe, und darinne liegt der Entscheidungsgrund des Gesetzes (14).

2) Durch den alleinigen Betrug des Schuldners wird aber eine Veräußerung nicht immer ungültig, sondern nur dann, wenn der Empfänger gewinnmäßig (lucrative), oder wenn er zwar lästig erworben, aber in diesem Falle von dem Betruge des Schuldners gewußt hat (15).

Hieraus scheint zu folgen, daß ein einfacher Gläubiger, welcher von dem bereits zahlungsunfähigen Schuldner ein Unterpfandsrecht erhalten hat, dieses durch eine gegen ihn angestellte Klage (die actio paulliana) wieder verlieren muß, wenn er auch nicht selbst in bösem Glauben war. Denn er erhält durch die Pfandbestellung ein Vorrecht, welches er früher nicht hatte.

l. 2. D. h. t. „Et si pignora liberet, vel quem alium in fraudem creditorum praeponat.“

l. 10. §. 12. eod. „Si cum in diem mihi deberetur, fraudator praesens solverit, dicendum erit, quod in eo, quod sensi commodum in repraesentatione, in factum actioni locum fore; nam Praetor fraudem intelligit etiam in tempore fieri. §. 13. Si cui solutum quidem non fuerit, sed in vetus creditum pignus ac-

---

(14) Dabelow ausführl. Entwicklung der Lehre vom Konkurse S. 410. 411. A. M. ist Bolley a. a. O. S. 144. Allein da einmal die Vermuthung des Betrugs begründet ist, kann dem Empfänger nur der Gegenbeweis übrig bleiben.

(15) Thibaut §. 1228. Hoffacker princ. §. 4590. Günther princ. §. 1259. Bolley a. a. O. S. 143. l. 17. §. 1. h. t. in fin.

ceperit, hac actione tenebitur, ut est saepissime constitutum.“

Diese Gesetze werden auch keineswegs durch

l. 13. l. 22. h. t.

beschränkt, denn die Worte „nisi in fraudem creditorum factum sit“ in l. 22. müssen um so mehr auf die betrügliche Absicht des Schuldners bezogen werden, als der gegentheilige Sinn nicht in dem Gesetze liegt und dasselbe nur auf diese Weise mit der bestimmten Sprache in l. 10. §. 13. vereinigt werden kann, verschiedene Gesetze aber nach den Regeln der Auslegung wo möglich in Uebereinstimmung gebracht werden sollen. Noch weniger kann in l. 13. h. t. ein Anstoß gefunden werden, denn in diesem Gesetze ist weder der Zeit, in welcher der Gläubiger das Pfand erhielt, noch einer betrüglichen Absicht des Schuldners Erwähnung gethan (16).

3) Würde man auch, damit dem früher einfachen Gläubiger, welcher ein Unterpfandsrecht erhalten hat, dasselbe wieder entzogen werden könne, verlangen, daß er an dem Betruge des Schuldners Theil genommen habe, so würde hiezu die Kenntniß genügen, daß der Schuldner zahlungsunfähig sey, und also andere Gläubiger durch die an ihn geschehende Unterpfandsbestellung beeinträchtigt wer-

---

(16) Vergl. Weber Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden S. 75. 76. Thibaut §. 1228. Weishaar a. a. O. S. 115. Danz summ. Prozeß §. 148. Günther princ. §. 1259. Reinhard Lehre vom Gant und Gantverfahren S. 374. folg. Dabelow a. a. O. S. 431 — 35. A. M. sind: Bolley §. 71. Leyser med. spec. 95. m. 7 — 9. Frick Diss. de revocandis tam rebus alienatis, quam nummis solutis imminenti aut moto concursus judicio. Helmst. 1775. p. 66. Gmelin vom materiellen Konkurs §. 18. Gottschalk discept. forens. cap. Dresd. 1816. c. 36. p. 341. seq. Cons. tub. I. 48. no. 46 — 48.

den. Denn durch diese Kenntniß der Verhältnisse des Schuldners wird eine Vermuthung begründet, daß der Gläubiger in betrüglichem Einverständnisse mit dem Schuldner seinen Vortheil durch Schmälerung der Rechte der übrigen Gläubiger gesucht habe, eine Vermuthung, welche nur durch einen entgegengesetzten Beweis entkräftet werden kann (17).

Die Gegner dieser Meinung berufen sich auf

l. 10. §. 2. §. 4. D. h. t.

„Quod ait Praetor „Sciente“ sic accipimus, te conscio et fraudem participante, non enim, si simpliciter scio, illum creditores habere, hoc sufficit ad contendendum, teneri eum in factum actione, sed si particeps fraudis est. — Alias autem qui scit aliquem creditores habere, si cum eo contrahat simpliciter sine fraudis conscientia, non videtur hac actione teneri.“

In dieser Stelle heißt es allerdings, daß wenn Jemand ohne betrügliche Absicht etwas von einer überschuldeten Person erworben und auch gewußt habe, daß dieselbe Gläubiger habe, er deßhalb doch nicht belangt werden könne. Aber sie giebt doch den gesuchten Beweis nicht. Denn einmal ist es sehr zweifelhaft, ob diese Stelle auch nur auf die Erwerbung eines Unterpfandrechtes bezogen werden kann, sodann aber sezt Ulpian nur die Kenntniß des einen Kontrahenten, daß der andere Schulden habe, nicht aber die voraus, daß er überschuldet

---

(17) Die Gesetze hierüber sind l. 1. pr. l. 6. §. 8. l. 10. pr. l. 25. pr. §. 2. 3 h. t. (42. 8.) Vergl. Menckii opusc. Diss. X. §. 6. Haenlein diss. de act. paul. natura (Erlangen) §. 12. Gottschalk loc. cit. S. 332. Dabelow S. 415. Lauterbach coll. XLII. 8. §. 9. A. M. sind Leyser loc. cit. Voet XLII. 8. §. 18. Bolley a. a. O. S. 145.

sey und darinne liegt wohl ein großer Unterschied. Man könnte vielmehr aus dieser Bestimmung durch einen Schluß auf den andern Fall einen Beweis für die aufgestellte Meinung herleiten.

„Insbesondere bei Verpfändung des Eigenthums einer Frauensperson für eine fremde Schuld.

Art. 21.

Eine Frauensperson unter Beiziehung ihres Kriegsvogts kann ihr Eigenthum für eine fremde Schuld nur unter der Voraussetzung gültig verpfänden, daß sie entweder von der versammelten Unterpfandsbehörde, oder von einer wenigstens aus drei Mitgliedern bestehenden Deputation derselben, über die rechtlichen Wirkungen der Verpfändung gehörig belehrt worden sey und auf die ihr in dieser Beziehung zustehenden Rechtswohlthaten ausdrücklich Verzicht geleistet habe.

Das Erforderniß einer besondern Bekräftigung des erwähnten Verzichts durch Angelobung an Eidesstatt ist hiermit aufgehoben.“

Wenn Jemand für eine fremde Schuld sein Eigenthum verpfändet, so ist diß im Grunde nichts anderes, als eine durch Unterpfandsbestellung verstärkte Bürgschaftsleistung. Unter welchen Bedingungen Weiber eine Bürgschaft dieser Art leisten können, ist in dem gegenwärtigen und folgenden Artikel bestimmt. Zugleich wird aber in dem Nebengesetze (1) ausgesprochen, daß unter Beobachtung der Vorschriften des Pfandgesetzes Art. 21. 22. jede Intercession einer Frauensperson ohne Unterschied gültig

---

(1) Art. 1.

und verbindend sey. Durch diese Bestimmungen nun erhält die ganze Lehre von den Bürgschaftsleistungen der Weiber eine veränderte Gestalt.

I. Bisher geltendes Recht.

Schon nach dem früheren römischen Rechte konnte eine Weibsperson, welche sich für Jemand verbürgte, oder auf eine der Verbürgung zu vergleichende Weise in eine fremde Verbindlichkeit eintrat, sich, wenige Fälle ausgenommen (2) der Einrede des Senatusconsulti Vellejani (3) in der Masse bedienen, daß sie dieselbe selbst noch bei der Exekution vorzuschützen (4), das bereits gegebene Faustpfand wieder anzusprechen, und das aus Unbekanntschaft mit dieser Rechtswohlthat Bezahlte zurückzufordern berechtigt war (5). Hiezu fügte Justinian die Bestimmung, daß die Bürgschaft einer Weibsperson in der Regel nichtig seyn solle, wenn nicht eine öffentliche Urkunde darüber aufgesezt werde (6).

Damit daher eine solche Bürgschaft überhaupt rechtsbeständig war, mußte eine öffentliche Urkunde darüber aufgenommen werden. Wenn diß aber auch geschah, so hatte die Frau dennoch wie früher die Einrede des vellejanischen Rathschlusses (7).

Diese Einrede konnte sie nur durch Entsagung bei der Bürgschaftsleistung verlieren, wobei die Rechtslehrer sich nie ganz darüber vereinigen konnten, ob diese Entsagung

---

(2) Vergl. Thibaut Pand. §. 947. Weishaar §. 1444. 1445.
(3) l. 2. 3. 16. C. ad SCtum Vellej. (4. 29.)
(4) l. 11. D. ad SCtum macedon. (14. 6.)
(3) l. 9. C. h. t.
(6) l. 23. C. h. t.
(7) Thibaut §. 948. Weishaar §. 1144. Reinhard die Lehre vom Gant Beil. 2. §. 14. Lauterbach coll. Lib. XVI. tit. 1. §. 10.

nothwendig vor Gericht geschehen, und ob sie eidlich bestärkt werden müsse (8).

II. Die Bestimmungen des neuen Gesetzes.

Damit die Bürgschaft einer Weibsperson volle Gültigkeit habe, treten jezt nur noch folgende Erfordernisse ein:

1) Zuziehung eines Kriegsvogts, weil überhaupt Weibspersonen ohne den Beistand desselben keine Verbindlichkeit übernehmen können.

2) Gerichtliche Belehrung und Verzicht der Frau auf ihre Rechtswohlthaten. Der Entwurf des Gesetzes (§. 26.) enthielt schon das Erforderniß, daß die Frauensperson über die rechtlichen Wirkungen der Verpfändung belehrt werde und auf die ihr in dieser Beziehung zustehenden Rechtswohlthaten ausdrücklich Verzicht leiste, wogegen das Erforderniß des Angelobens an den Eidesstab aufgehoben wurde.

Der Ausschuß (9) und die Kommission (10) billigten nicht nur die Aufhebung dieses Angelobens, indem es gewiß angemessen sey, die Zahl der Eide möglichst zu vermindern, sondern die leztere machte sogar den Antrag, daß es nicht einmal eines Verzichts bedürfen, sondern an einer gerichtlichen Belehrung der Weiber und einem darüber in das Unterpfandsbuch gemachten Eintrage genügen solle. — Die Regierung lehnte jedoch den hienach ge-

---

(8) Vergl. Lauterbach l. cit. §. 24. Gail observ. II. 77. Günther princ. §. 1078. Griesinger Kommentar Bd. IV. S. 1165. Pfizer Rechte und Verbindl. der Weiber II. §. 235. Weishaar §. 1445. Reinhard a. a. O. — Das Recht der Entsagung selbst ist in dieser Ausdehnung durch den Gerichtsgebrauch entstanden.

(9) Ausschußsätze II. 10. Bericht hiezu.

(10) Antr. XI. 1. Bericht hiezu.

stellten Antrag der Kammer (11) ab, indem es zu weit führen würde, wenn auch ein stillschweigender Verzicht angenommen würde und indem auch die Bemerkung des Verzichtes in dem Unterpfandsbuche als nothwendig erscheine (12).

3) Eintrag hierüber in das Unterpfandsbuch. In Art. 182. ist nämlich die Vorschrift enthalten, es sey jedesmal im Unterpfandsbuche zu bemerken, daß und wie die Frauensperson über die Wirkung einer solchen Verpfändung belehrt worden sey und auf ihre Rechtswohlthaten verzichtet habe.

Wie nun, wenn sich zwar erweisen läßt, daß die gerichtliche Belehrung und Entsagung geschehen sey, in dem Unterpfandsbuche aber ein Eintrag darüber fehlt? Ist die Verpfändung als ungültig anzusehen? Man wird diese Frage bejahen müssen. Denn es ist zwar Regel, daß die Aufzeichnung eines Geschäftes nur zu dessen besserem Beweise geschieht, und daß in Ermanglung derselben ein Vorgang auch durch andere Beweismittel gültig dargethan werden kann, ohne seinem Wesen nach an die schriftliche Ausdehnung gebunden zu seyn (13). Allein auf den vorliegenden Fall läßt sich diese Regel nicht an-

---

(11) Verhandl. Heft IX. S. 749. 750. Hauptantr. IX. 1.

(12) K. Rescr. zu Antr. IX. 1. Wenn sich indessen eine Minderjährige verbürgt, so wird ihr die Belehrung und der gethanene Verzicht nicht im Wege stehen, wenn sie Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die geleistete Bürgschaft nachsucht und es wird daher auch ferner räthlich seyn, eine sich verbürgende minderjährige Frauensperson an den Eidesstab angeloben zu lassen.

(13) l. 4. D. de fid. instrum. (22. 4.) l. 4. D. de pign. (20. 1.) Donellus comment. L. 25. ad tit. C. de fide instrum. Introductio sub fin.

wenden. Schon nach dem römischen Rechte sind Bürgschaften der Weiber nur unter strengen Förmlichkeiten gültig. Diese Förmlichkeiten hat unser Gesetz gemildert, aber nicht ganz aufgehoben, und dieselbe gehören, so wie sie jezt noch vorgeschrieben sind, nothwendig zu dem Rechtsgeschäfte als Ganzem, wie zu dem emphyteutischen Kontrakte ein schriftlicher Aufsatz. Diese Ansicht findet sich auch bestätigt, wenn man die geschichtliche Entwicklung des Gesetzes verfolgt. In §. 26. des Entwurfes war der Eintrag in das Unterpfandsbuch vorgeschrieben, und in §. 166. wurde es als Nichtigkeit aufgeführt, wenn in denjenigen Fällen, in welchen nach den Bestimmungen des Gesetzes die Einwilligung des Besitzers in die Verpfändung erfordert werde, dieselbe nicht, oder auf nicht zu Recht bestehende Weise, ertheilt worden sey, und es wurden hiebei die §. 25—28. namentlich allegirt. — Diese Bestimmung blieb in dem Gesetze selbst nur darum weg, weil eine Aufzählung der Nichtigkeiten überhaupt nicht als zweckmäßig erschien (14).

Ferner haben die Stände in ihrem Antrage, welcher darauf gieng, daß die bloße Belehrung der Frauenspersonen genügen solle, bemerkt, daß ein Eintrag hierüber jedesmal nothwendig geschehen müsse, und die Regierung ist in ihrer Antwort nur insoferne abgewichen, als sie erklärte, daß auch die Bemerkung des Verzichtes in dem Unterpfandsbuche als nothwendig erscheine, daher nicht wohl zu bezweifeln ist, daß der Eintrag von beiden Seiten als wesentlicher Bestandtheil angesehen wurde, wenn diß gleich in dem Gesetze selbst nicht mehr ausdrücklich bemerkt ist.

---

(14) Vergl. den Bericht des Ausschusses zu III. 83—88.

Diß findet auch analoge Anwendung auf einfache Bürgschaften der Weiber.

Es wird anzunehmen seyn, daß auch die einfachen Bürgschaften der Frauenspersonen in eine öffentliche Urkunde nothwendig aufgenommen werden müssen, und zwar weil dieses Erforderniß gemeinrechtlich, und in unserem Gesetze nicht nur nicht aufgehoben, sondern ausdrücklich bei Pfandbestellungen der Weiber für eine fremde Schuld beibehalten worden ist, die einfachen Verbürgungen derselben aber den nämlichen Regeln unterworfen seyn sollen.

Man könnte zwar einwenden, daß in Art. 2. des Nebengesetzes bloß auf Art. 21 und 22. des Pfandgesetzes verwiesen, und das Erforderniß des Eintrages nicht in dieser Stelle, sondern erst in Art. 181. enthalten sey, und daß es demnach auf einfache Bürgschaften keine Anwendung finde. Allein die Verhandlungen widerlegen diesen Zweifel.

Die Kammer trug nämlich ganz allgemein darauf an: „daß unter Beobachtung der Vorschriften des Pfandgesetzes auch jede andere Intercession einer Frau gültig und verbindend seyn solle," was von der Regierung ebenso allgemein genehmigt wurde (15). Ferner wurde das Erforderniß des Eintrages sowohl im Entwurfe, als in der der Kommission vorgelegten, auf den Grund der Verabschiedung gemachten Redaktion in dem theoretischen Theile zugleich mit den Bestimmungen der Art. 21. 22. vorgetragen, und erst auf den spätern Antrag der Kommission in den pragmatischen Theil versezt, während das damals ebenfalls schon ausgearbeitete Nebengesetz hier unverän-

---

(15) Nebenanträge der Kammer Ziffer I. 1. Rescr. vom 2. Juli 1824.

dert blieb. Es kann daher ganz kein Anstand darüber obwalten, daß es Absicht des Gesetzgebers gewesen sey, die für die Bürgschaften der Frauen durch Pfandbestellungen gegebenen Regeln auch in ihrem vollen Umfange auf die einfachen Bürgschaften derselben auszudehnen.

Indessen scheint aus der Natur der Sache hervorzugehen, daß bei den lezteren die Beiziehung des Unterpfandsbuches nicht nöthig, sondern ein Eintrag in das Gerichtsprotokoll hinreichend ist.

4) In einigen besondern Fällen ist die Bürgschaft einer Frauensperson auch ohne Entsagung ihrer Rechtswohlthaten gültig.

Daß auch nach unserem neuen Gesetze eine Frauensperson in denjenigen Fällen sich der Einrede des velleianischen Rathschlusses, ohne derselben entsagt zu haben, nicht bedienen kann, in welchen sie es nach dem bisher geltenden Rechte nicht konnte, geht aus dem anerkannten Grundsatze hervor, daß ein neues allgemeines Gesetz im Zweifel so zu behandeln ist, als ob es nur die entgegenstehende Regel des älteren Rechtes, nicht aber die von derselben gemachten Ausnahmen habe aufheben wollen (16).

Daher steht jene Einrede auch jezt noch einer Frau, ohne daß es einer Entsagung bedarf, alsdann namentlich nicht zu, wenn sie sich gegen einen Minderjährigen verbürgt hat und dieser auf keine andere Weise zu seiner Befriedigung kommen kann (17), oder wenn ihre Verbürgung für das Geben eines Heurathsgutes geschehen ist (18). Auch gehört hieher, daß eine Handelsfrau sich in Bezie-

---

(16) Vergl. Thibaut §. 39.

(17) l. 12. D. de minor. (4. 4.)

(18) l. 25. C. h. t. (4. 29.) Ueber die andern Fälle siehe die Citate in Anm. 1.

hung auf ihr Gewerb auch ohne Förmlichkeiten gültig und wirksam verbinden kann (19).

Art. 22.

„Diese Bestimmungen sind auch auf die Ehefrau anwendbar. Wird das Eigenthum einer solchen für eine Schuld des Ehemannes verpfändet; so ist die Zuziehung eines gesetzmäßig bestellten besondern Geschlechtsvormundes nothwendig.

Bei der Schuld eines Dritten genügt es an der Beistimmung des Ehemannes, als gesetzlichen Kriegsvogts."

Nach dem älteren (1) und neueren römischen Rechte (2) ist eine Bürgschaftsleistung der Ehefrau für ihren Mann nichtig, außer wenn sie zu ihrem Nutzen geschieht. Ebenso nach dem Landrechte (3), jedoch mit den beiden Ausnahmen 1. wenn sie freiwillig und zum ehelichen Besten, 2. oder wenn sie zu dem offenbaren Nutzen der Frau oder ihrer Kinder geleistet wird. Die erste Ausnahme wurde aber durch den Gerichtsgebrauch beseitigt, so daß bis jezt die Verbürgung einer Ehefrau für ihren Mann nur dann für gültig angesehen wurde, wann sie zum Besten der Frau oder ihrer Kinder gereichte, oder wenn die Frau auf die ihr zustehenden Rechtsthaten (4) gerichtlich verzichtete.

---

(19) Leipziger Wechselordnung §. 2. Weishaar §. 1445.

(1) l. 2. pr. D. ad SCtum Vellej. (10. 1.)

(2) Nov. 134. Cap. 8. Auth: „Si qua mulier" C. h. t.

(3) Theil II. Tit. 29. §. „Wir setzen und ordnen." S. 317.

(4) d. h. auch mit andern Worten: „auf die auth. si qua mulier" oder den §. „Wir setzen und ordnen" ꝛc. Vergl. über

Nun gelten auch hierüber die zu dem vorhergehenden Artikel vorgetragenen Bestimmungen, wobei jedoch immer noch die Ausnahme als bestehend anzusehen ist, daß eine zu ihrem, oder ihrer Kinder Besten von einer Ehefrau geleistete Bürgschaft auch ohne jene Entsagung gültig ist.

Daß bei einem solchen Rechtsgeschäfte einer Ehefrau mit ihrem Manne ein besonderer Kriegsvogt auch bisher beigezogen werden mußte, ist bekannt. Das Landrecht gieng noch weiter, und verordnete, daß wenn der Ehemann bei einer den Betrag von hundert Gulden übersteigenden Vermögensveräußerung oder Verpfändung von Seiten seiner Frau, interessirt sey und die Besorgniß eintrete, daß er Zwang oder List gegen sie gebrauche, der Beistand eines Kriegsvogtes allein nicht hinreiche, sondern auch das Gericht über die Zulässigkeit des Geschäftes erkennen solle (5).

Diese Bestimmung ist nun auf den Antrag der Stände (6) durch Art. 2 des Nebengesetzes aufgehoben worden. Zwar spricht das leztere bloß von der Intercession einer Ehefrau für ihren Mann. Nach seiner Fassung aber, und da Intercessionen die bedeutendsten und häufigsten Fälle der Art sind, scheint es, daß jene Bestimmung des Landrechts überhaupt für alle Veräußerungen und Verpfändungen der Ehefrauen, wobei ihre Männer interessirt sind, aufgehoben werden wollte.

Art. 23.

„Insonderheit kann bei Ehen, wo keine allgemeine Gü-

---

diese Lehre: Griesinger Komm. Bd. IV. S. 1147. folg. Bolley von öffentl. Unterpf. §. 44. Weishaar Bd. II. §. 515—17.

(5) Landr. a. a. O. §. „Ferner wollen wir" ꝛc.

(6) Nebenantrag I. 1.

Gütergemeinschaft Statt findet, ein der Ehefrau eigenthümlich zugehöriges Gutsstück, für eine den Ehemann ausschließend angehende Schuld nur unter den hievor bemerkten Voraussetzungen rechtsgültig verpfändet werden.

Eben dieses tritt ein, wenn das Eigenthum der Ehefrau im Falle einer von den Ehegatten gemeinschaftlich übernommenen Verbindlichkeit auch für den Antheil des Ehemannes verpfändet werden soll.

Wird hingegen ein dem Ehemann zugehöriges Gut für eine gemeinschaftliche Schuld verpfändet; so erstreckt sich das Unterpfand auch ohne besondere Erklärung des Ehemannes auf die ganze Schuld."

---

1) Wie es von dem Gesetzgeber als eine Bürgschaft angesehen und behandelt wird, wenn eine Weibsperson für die Schuld eines Fremden ein Pfand bestellt, so auch alsdann, wenn der Schuldner ihr Ehemann ist. Es können nun hier zwei Fälle vorkommen:

a) Entweder geht die Schuld den Mann ganz allein an, alsdann ist die Pfandbestellung der Ehefrau, wenn sie nicht unter den vorgeschriebenen Förmlichkeiten geschieht, in ihrem ganzen Umfange ungültig. Oder

b) die Schuld ist eine zwischen beiden Eheleuten gemeinschaftliche, so daß ein jedes die Hälfte derselben trifft. Verpfändet nun die Ehefrau ein Eigenthumsstück für die ganze Schuld, so gilt die Verpfändung so weit, als sie eine Verpfändung für die eigene Schuld, oder den eigenen Schuldantheil der Ehefrau ist, also zur Hälfte des Betrages der Forderung ohne weitere Förmlichkeiten, für die zweite Hälfte der Forderung aber, welche den Antheil des Mannes bildet, wird die Verpfändung wieder als Bürg-

schaft angesehen und gilt also nur, wenn die Erfordernisse der Bürgschaftsleistung vorhanden sind (1).

2) Aus dem nämlichen Gesichtspunkte ist es zu betrachten, wenn der Ehemann für eine gemeinschaftliche Schuld, wovon nur die Hälfte ihn träfe, sein Eigenthum verpfändet, nur ist in der Wirkung der Verpfändung der Unterschied, daß die Verbürgung des Ehemannes für seine Frau keiner Förmlichkeit bedarf. Noch weiter giengen die Stände und trugen auf die in Art. 23 enthaltene lezte Bestimmung an, daß wenn der Ehemann ein Gut für eine gemeinschaftliche Schuld verpfändet, das Unterpfand sich über die ganze Forderung erstrecken soll.

3) Wenn eines der Eheleute sein Eigenthum auf eine gültige Weise für den Schuldantheil oder die ganze Schuld des andern verpfändet hat, so bleibt demungeachtet der eigentliche Schuldner dem Gläubiger persönlich verbindlich und dem Verpfändenden wird, wie einem Jeden, der sich unter Bestellung eines Unterpfandes und zwar nicht als Selbstschuldner und Zähler verbürgt hat, die Einrede der Vorausklage zustehen (2).

Art. 24.

„Wenn bei einer zwischen den Ehegatten bestehenden Errungenschaftsgemeinschaft eine Schuld im Interesse die-

---

(1) Wenn indessen gesagt wird, daß die Verpfändung nur zur Hälfte gültig sey, so ist diß nicht dahin zu verstehen, daß nur die Hälfte der verpfändeten Sache dem Gläubiger hafte. Die Sache haftet diesem ganz, aber nur für die Hälfte seiner Forderung. Wenn daher die verpfändete Sache so sehr im Preise sänke, daß deren ganzer Werth kaum die Hälfte der Forderung ausmachte, und der Gläubiger träte gegen die Ehefrau wegen ihres Schuldantheils klagend auf, so müßte die ganze Sache zu Bezahlung dieser Hälfte der Forderung verwendet werden.

(2) Vergl. Art. 116 und die Erläuterung dazu.

ser Gemeinschaft übernommen wird; so kann der Ehemann ohne die Ehefrau die unter der Errungenschaft begriffenen Gutsstücke vollgültig verpfänden."

Damit der Ehemann ein Errungenschaftsstück für eine Schuld ohne Zuziehung der Frau gültig verpfänden könne, wird erfordert, daß die Schuld zum Besten der ehelichen Gesellschaft gemacht sey. Wäre diß nicht der Fall, sondern die Schuld gienge ihn ausschließlich an, so würde die verpfändete Sache nur so weit, als sein Antheil daran reicht, also zur Hälfte dem Gläubiger haften.

Zu den lezteren Schulden gehören namentlich die, welche der Mann in die Ehe gebracht hat, oder welche er macht, um jene früheren abzulösen, Strafen, Untersuchungskosten u. s. f. Dagegen sind die gewöhnlichen ehegesellschaftlichen Schulden die, welche zu besserem Betriebe des Gewerbes, zu Bestreitung der Haushaltung, Ankauf eines Gutes für die eheliche Gesellschaft, und Ausstattung der gemeinschaftlichen, nicht aber von dem einen Gatten in einer früheren Ehe erzeugten Kinder (1) gemacht werden (2).

Die Stände haben den Antrag gemacht, zu bestimmen, daß die von den in einer ehelichen Errungenschaftsgesellschaft lebenden Eheleuten gemeinschaftlich kontrahirten Schulden als wirklich gemeinschaftliche betrachtet werden sollen, wenn auch die Socialeigenschaft in dem Schuldscheine nicht ausgedrückt sey, und nur das Gegentheil aus demselben nicht erhelle, ja daß bei öffentlichen

---

(1) Kapf's Sammlung merkwürd. Civilrechtssprüche S. 280.
(2) Weishaar §. 129.

Verpfändungen in Beziehung auf den Gläubiger sogar der Beweis des Gegentheils ausgeschlossen seyn solle (3).

Die Regierung nahm diesen Antrag auf, jedoch mit der Veränderung, daß der Ehefrau in jedem Falle die Beweisführung darüber gestattet wird, daß ihre dem Gläubiger bekannte Absicht nur dahin gegangen sey, unter jener Form für ihren Ehemann zu intercediren (4).

Diese Bestimmung ist insoferne von Wichtigkeit, als nach dem bisherigen Gerichtsgebrauch auch alsdann, wenn die Ehefrau einen auf sie und ihren Mann zugleich ausgestellten Schuldschein (5) unterschrieben hatte, die Schuld doch nicht als eine gemeinschaftliche betrachtet wurde, sobald die Socialeigenschaft nicht in dem Schuldscheine ausgedrückt war (6), was sich mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen eigentlich gar nicht vereinigen ließ.

Art. 25.

„Gleiches findet bei der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft, selbst in Ansehung der von der Ehefrau in die Ehe gebrachten Vermögenstheile Statt, insofern nicht das Verwaltungsrecht des Ehemannes entweder durch gesetzliche Bestimmung oder durch Vertrag beschränkt ist.

Art. 26.

Ist die erkennende Behörde im Zweifel, ob in der Ehe des Verpfänders eine allgemeine Gütergemeinschaft

---

(3) Hauptantr. IX. 2.
(4) Nebengesetz Art. 3.
(5) Wenn es z. B. hieß: Wir die unterschriebenen Eheleute bekennen ꝛc.
(6) D. h. wenn die Bemerkung, daß die Schuld zu gemeinschaftlichen Ehezwecken gemacht werde, fehlte.

Statt finde, oder nicht; so liegt ihr ob, hierüber vor allen Dingen zuverlässige amtliche Erkundigung einzuziehen."

Es sind hier keine neuen Bestimmungen, mit Ausnahme einer einzigen, von dem gemeinen Rechte abweichenden Beschränkung des Ehemannes. Dieser soll nämlich bei bestehender allgemeiner Gütergemeinschaft über das Beibringen seiner Ehefrau das nämliche Verfügungsrecht haben, wie bei der Errungenschaftsgesellschaft über das Errungenschaftsvermögen. Nun kann er diß nur für solche Schulden ohne Zustimmung der Frau verpfänden, welche im Interesse der ehelichen Gesellschaft aufgenommen sind, und es wird daher anzunehmen seyn, daß auch bey der allgemeinen Gütergemeinschaft sein Verfügungsrecht über das Beibringen der Ehefran dieser Beschränkung unterworfen sey, während nach der allgemeinen Gewohnheit bis jezt auch diejenigen Schulden, welche von einem der in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten allein herrührten, z. B. sogar Strafen, aus dem gemeinschaftlichen Vermögen bezahlt werden mußten (1).

Der zweite Theil des Art. 25. „insoferne nicht**" ist auf den Antrag der Kammer aufgenommen worden (2). Da ein Gewohnheitsrecht gesetzliches Ansehen hat und die Regeln über die allgemeine Gütergemeinschaft in den meisten Gegenden, wo sie herrscht, lediglich auf Gewohnheiten beruhen, so wird diesen auch hier das nämliche Ansehen zugestanden werden müssen, wie ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen.

---

(1) Danz Handbuch Th. VI. S. 404 folg.
(2) Hauptantr. IX. 3.

„2.) Von dem gesetzlichen Pfandrechtstitel.

Art. 27.

„Vermöge des Gesetzes können die Bestellung eines Unterpfands unter den nachfolgenden näheren Bestimmungen verlangen:

1) die Ehefrauen:
2) die Kinder;
3) die Pflegbefohlenen und die milden Stiftungen;
4) die Legatarien und die Erbschaftsgläubiger;
5) die Baugläubiger;
6) die auf den Erlös aus einem im Wege der Hülfsvollstreckung veräußerten Gut angewiesenen und nicht baar befriedigten Gläubiger;
7) diejenigen, welchen vermöge richterlichen Spruches Sicherheit durch Unterpfänder zu gewähren ist.

Der Ehefrauen.

Art. 28.

(1) Der Ehefrau steht ein gesetzlicher Pfandrechtstitel auf das unbewegliche Vermögen des Ehemannes, hinsichtlich des von ihr bei Eingehung der Ehe oder während derselben dem Ehemann zugebrachten, sowohl eigenthümlichen als in ihrer Nutznießung stehenden beweglichen Vermögens zu. Gleiches Recht hat dieselbe wegen des Erlöses aus den von ihr bei oder nach Eingehung der Ehe eingebrachten und während der Ehe veräußerten unbeweglichen Vermögensstücken. Auch erstreckt sich dieser Pfandrechtstitel auf das der Ehefrau vermöge Ehevertrags zugesicherte Wittum, so wie auf die vertragsmäßige Gegenschenkung.

Art. 29.

Diesen Anspruch der Ehefrau auf Bestellung eines

Unterpfands kann bei Eingehung der Ehe diejenige obrigkeitliche Behörde auch unaufgefordert geltend machen, welcher die Errichtung der Beibringsinventarien obliegt.

Der Ehefrau, so wie ihrem Vater oder Vormund, steht zu jeder Zeit das Recht zu, die Bestellung eines Unterpfands zu verlangen.

Art. 30.

Die von der Ehefrau in die Ehe gebrachten, oder von ihr während derselben erworbenen unbeweglichen Vermögensstücke sind als Eigenthum der Ehefrau in die öffentlichen Bücher einzutragen."

---

1) Die Ehefrauen hatten bisher wegen ihres in der Verwaltung des Mannes stehenden Vermögens ein stillschweigendes Pfandrecht, welches für das Beibringen einfach, für das Heurathgut aber privilegirt war.

Diß ist nun durch unser Gesetz in doppelter Hinsicht abgeändert worden.

a) Wie es überhaupt kein stillschweigendes Pfandrecht mehr giebt, so kann es auch der Ehefrau nicht mehr zustehen. Nur durch gerichtliche Bestellung erhält sie ein Pfandrecht und wird gegenüber von andern Personen von dem Gesetze bloß darinne begünstigt, daß ihr das Recht gegeben ist, Pfandbestellung zu verlangen, und daß es nicht von der Willkühr des Mannes abhängt, ihr ein Unterpfand einzuräumen, oder zu verweigern.

b) Es geht hieraus von selbst hervor, daß in Beziehung auf die den Ehefrauen gegebene Sicherheit für ihr Vermögen nun aller Unterschied zwischen Heurathgut und Beibringen aufhört, und daß das Heurathgut sowohl, als Beibringen durch den nämlichen Pfandrechts-

titel begünstigt, durch das nämliche daraus entstehende Pfandrecht geschüzt sind.

Nun war aber bisher der Unterschied zwischen Heurathgut und Beibringen nur in zweifacher Hinsicht wichtig, einmal weil das Heurathgut mit einem Privilegium, das Beibringen aber nur mit einem einfachen Pfandrechte versehen war, und zweitens weil bei erfolgter Scheidung die Ehefrau, wenn sie der schuldige Theil war, das Heurathgut ganz und nur in Ermangelung eines als Heurathgut bezeichneten Vermögenstheiles den vierten Theil ihres Vermögens überhaupt verlieren sollte.

In Beziehung auf diesen zweifachen Unterschied wurde den 18. Dec. 1806 verordnet (1), daß bei jedem Zubringensinventar durch die Uebereinkunft der Partheien in Beziehung auf eine künftige Scheidung oder einen künftigen Gant im Verhältnisse der Eheleute unter sich bestimmt werden solle, welcher Theil des Beibringens der Ehefrau in Heurathgut bestehe.

Da nun die erste und wichtigere Folge jenes Unterschiedes durch das neue Gesetz nothwendig wegfallen mußte, so trug die Kommission darauf an, die Verordnung von 1806 aufzuheben, indem es nicht nur meistens unmöglich sey, die Parthieen darüber zu verständigen, sondern es sich nun auch von selbst ergebe, daß da, wo bisher der Verlust des Heurathgutes eingetreten sey, künftig der Verlust des vierten Theils des Vermögens, welches die Frau zur Zeit der Scheidung besitze, eintreten müsse (2). Die Kammer glaubte diesen Antrag in das Nebengesetz

---

(1) Staats- und Regierungsblatt 1806. S. 148.
(2) Kommiss. Antr. XIII. 1. Bericht hiezu.

verweisen zu müssen, in welches er denn auch von der Regierung aufgenommen worden ist (3).

Es könnte noch die Frage entstehen, ob, nachdem nun jene Belehrung weggefallen ist, auch bei Scheidungen der Unterschied zwischen Heurathgut und Beibringen wirklich als aufgehoben anzusehen sey. Das Gesetz selbst enthält diese Aufhebung nicht ausdrücklich, allein da die Kommission bei Stellung ihres Antrages von dieser Ansicht ausgegangen ist, ohne daß eine Einwendung gegen dieselbe stattgefunden hätte, so daß sie als ausgesprochene Ansicht der Kammer gelten kann, und in einer nachher erfolgten Verordnung diese Ansicht ausdrücklich bestätigt worden ist (4), so kann die Bejahung der Frage nicht bezweifelt werden, so daß durch die neue Gesetzgebung sowohl für Konkurse, als für Ehescheidungen aller Unterschied zwischen Heurathgut und Beibringen in der That als aufgehoben anzusehen ist.

2) Von dem Gegenstande des Pfandrechtstitels.

Daß derselbe auf das unbewegliche Vermögen des Mannes geltend gemacht wird, versteht sich von selbst und es ist daher nur davon zu handeln, für welche Ansprüche der Frau er geltend gemacht werden kann. Dahin gehört nun:

a) Das von der Frau bei Eingehung der Ehe, oder während derselben dem Manne zugebrachte, sowohl eigenthümliche, als fremde, in der Ehefrau Nutznießung stehende bewegliche Vermögen. — Für ihr unbewegliches

---

(3) Ständ. Verhandl. Heft IX. S. 751. Nebenantrag I. 4. Nebengesetz Art. 4.

(4) K. Verordnung in Betreff derjenigen Bestimmungen des Pfandgesetzes und der damit in Verbindung stehenden Gesetze, welche mit dem 1. Juni 1825 in Wirksamkeit treten. §. 32. (Regierungsblatt von 1825. Nro. 21.)

Vermögen bedarf sie eines Pfandrechtstitels nicht, indem die ihr gehörigen Güter als ihr Eigenthum in die öffentlichen Bücher eingetragen werden sollen (Art. 30) und ohne ihre Genehmigung von dem Manne niemals veräußert werden können.

Zu dem beweglichen Vermögen aber rechnet man nicht nur die Fahrniß, Früchte, baares Geld und Aktivkapitalien, weil der Mann dieselbe ablösen kann, sondern auch die Ansprüche, welche die Frau an die eheliche Gesellschaft wegen des Aufwandes auf die in die Ehe gebrachten Güter an Bau oder Abgaben zu machen hat (5).

Zu dem fremden, in ihrer Nutznießung stehenden beweglichen Vermögen ist namentlich das Vermögen ihrer Kinder aus einer früheren Ehe zu rechnen.

b) Der Erlös aus den von der Ehefrau in die Ehe gebrachten, oder von ihr nachher erworbenen unbeweglichen Vermögensstücken, wenn er nicht wieder zu dem Ankaufe eines unbeweglichen Gutes für das Eigenthum der Ehefrau verwendet wird. Der Entwurf des Gesetzes (§. 33.) enthielt das Erforderniß, daß die Veräußerung auf gesetzliche Weise geschehen seyn müsse. Dieser Zusatz wurde aber auf den von der Kammer aufgenommenen Antrag der Kommission weggelassen, indem die leztere bemerkte, daß eine Frau, wenn sie wegen dessen, was auf ungesetzliche Weise veräußert worden sey, eine Nichtigkeitsklage nicht anstellen wolle oder könne, noch viel gewisser Ansprüche, und zwar gesicherte Ansprüche an ihren Mann haben müsse.

Von dem privativen Eigenthume.

Hier wird die Frage von Wichtigkeit, was bei Er-

---

(5) Bolley Entwurf einer Amtsinstruktion für die Gerichtsnotarien. Stuttgart 1821. Tit. 3. §. 9.

werbungen während der Ehe als privatives (ausschließliches) Eigenthum des einen oder andern Ehegatten anzusehen sey. Die Kammer bat die Regierung auf den Antrag der Kommission, die Einleitung zu treffen, daß die bei der Errungenschaftsgesellschaft in dieser Beziehung bestehenden Kontroversen gehoben werden (6), allein die Regierung glaubte diesen, so wie einige andere damit in Verbindung stehenden Anträge in weitere Berathung nehmen zu müssen (7). Es kommen daher hier die bisher geltenden Gesetze und der Gerichtsgebrauch noch ferner in Anwendung, wonach dasjenige, was während der Ehe durch die Thätigkeit der Eheleute oder Benützung des beiderseitigen Vermögens erworben wird, zu der Errungenschaft, dasjenige aber, was einem Ehegatten durch Glück, oder vermöge eines vor der Ehe entstandenen Rechtstitels zufällt, zu dessen ausschließlichem Vermögen gehört (8). Hiebei ist noch das Besondere, daß man im Zweifel bei Tauschverträgen das eingetauschte Vermögensstück immer als Surrogat des vertauschten, bei einem Kaufvertrage aber das aus dem Erlöse eines verkauften Stückes angeschaffte Stück nur dann als Surrogat des ersteren ansieht, wenn beide von gleicher Art sind (9).

Von dem Beweise für das privative Vermögen der Ehefrau.

Will eine Ehefrau für ihr privatives bewegliches Vermögen einen Pfandrechtstitel geltend machen, so muß sie natür-

---

(6) Nebenantr. IX. 1.

(7) Vergl. das k. Rescr. auf die ständ. Antr.

(8) Vergl. Bolley Amtsinstr. Tit. 5. §. 18., wo diese Lehre nach reinen Grundsätzen vollständig entwickelt ist.

(9) Landrecht Thl. IV. Tit. 4. §. „Da nun von des Mannes" (S. 439), wo es heißt: „noch ein anderes dergleichen erkauft." Vergl. Weishaar I. §. 121. 122.

lich über das Daseyn und den Betrag des Vermögens Beweise beibringen. Diß kann nun geschehen durch Vorlegung von beglaubigten Auszügen des Beibringensinventars, oder des Ehevertrags, Theilungsrecesses und bei Güterveränderungen während der Ehe, durch Auszüge aus dem Güter- und Kaufbuche (10). Sollten aber vermöge besonderer Umstände alle Beweismittel fehlen, so reicht zwar das Zugeständniß des Mannes so lange vollkommen hin, als außer diesem keine andern Personen dabei interessirt sind. Wenn jedoch die Rechte von Kindern eines vorverstorbenen Ehegatten, oder bei überschuldeten Eheleuten die Rechte der Gläubiger zugleich zur Sprache kommen, so liefert die Aussage des Ehemannes für sich allein keinen Beweis. Tritt auf der andern Seite der Fall ein, daß die Frau mehr beigebracht zu haben behauptet, als der Mann zugiebt, so liegt es ihr im Zweifel ob, für ihre Behauptung Beweis zu führen, wobei dem Manne natürlich das Recht zusteht, den Gegenbeweis anzutreten.

c) Nebentheile. Nach dem gemeinen Rechte erstreckt sich das Pfandrecht auch auf die Vermehrung und den Zuwachs des Heurathgutes und die Früchte desselben von dem Jahre der Verheurathung, soferne angenommen werden muß, daß sie dieselbe, oder einen verhältnißmäßigen Theil davon noch als ledig erworben habe (11). Wenn man nun auch von dem bisherigen Pfandrechte auf den Pfandrechtstitel nicht schließen will, so muß man doch annehmen, daß den Ehefrauen für solche Vermehrungen und Früchte der letztere zustehe, weil die Nebensache den Gesetzen für die Hauptsache unterworfen ist.

---

(10) Vergl. §. 34. des Entwurfes.

(11) l. 31. §. 4. D. soluto matrimonio (24. 3.) l. 8. C. de jur. dot. (5. 12.) Nov. 97. c. 2.

d) Das Wittum und die vertragsmäßige Gegenschenkung. Die vertragsmäßige Gegenschenkung (donatio propter nuptias) ist eine von dem Manne der Frau gegebene Widerlage, oder Gegenleistung für das Heurathgut, damit sie im Nothfalle ihre Kinder damit ernähren kann (12). Das Wittum ist entweder das uneigentlich so genannte (dotolitium), welches in einer gewissen, nach Maßgabe des eingebrachten Heurathgutes bestimmten Rente besteht, welche die Frau als Surrogat für dieses nach dem Tode des Mannes auf Lebenszeit zu beziehen hat, oder das eigentliche Wittum (vidualitium in specie sic dictum), nämlich eine der Frau auf den Eintritt des früheren Todes des Mannes ohne Rücksicht auf das Heurathgut und als selbstständiger Wittwengehalt zugesicherte Rente (13).

Das Wittum kann nun auf Gesetz und allgemeine Familienverträge oder Observanz so gegründet seyn, daß es auch ohne besondern Ehevertrag gegeben werden muß, was bei Lehen- und Stammgütern sehr häufig vorkömmt. In diesem Falle bedarf es nicht der Bestellung eines Pfandrechtes, da das auf die unveräußerlichen Güter gegründete Recht der Frau durch den Konkurs über das Vermögen des Mannes niemals verloren gehen kann.

Nur dann, wenn das Wittum weder auf Observanz, noch auf allgemeine, oder besondere Gesetze gegründet ist, sondern das Recht darauf lediglich auf dem Ehevertrage beruht, bedarf die Frau, wie bei der vertragsmäßigen Gegenschenkung, eines Pfandrechtes. Dieses wird ihr auch

---

(12) l. 3. J. de don. (2. 7.) l. 19. 20. C. de don. ante nupt. (5. 3.)

(13) Leyser spec. 317. med. 9. 10. sp. 325. m. 8. Runde §. 594. folg. Eichhorn §. 302—4. Danz Handb. §. 594. folg.

für diese Ansprüche von den Rechtslehrern nach gemeinem Rechte, jedoch meistens mit Ausnahme des eigentlichen Wittums zugestanden (14).

Der Entwurf des Gesetzes enthielt nun über diese Ansprüche der Ehefrauen nichts, der Kommission schien es aber zweckmäßig, denselben, wenn auch nicht gerade für das eigentliche, doch für das uneigentliche Wittum und die vertragsmäßige Gegenschenkung den Pfandrechtstitel einzuräumen, und die Kammer nahm diesen Antrag nicht nur auf, sondern er wurde auch von der Regierung, und zwar mit Ausdehnung auf jede Art von Wittum bestätigt (15).

3) Bedingungen für den Eintritt des Pfandrechtstitels.

a) Derselbe steht der Ehefrau nicht zu, wenn sie mit ihrem Manne in allgemeiner Gütergemeinschaft lebt. Die Kommission und nach ihr die Stände hatten darauf angetragen, diesen Satz ausdrücklich aufzunehmen, die Regierung erwiederte aber, daß derselbe sich aus dem ganzen Zusammenhange ergebe. Damit also der Pfandrechtstitel einer Frau gegeben sey, muß sie mit ihrem Manne in der Errungenschaftsgesellschaft leben.

b) Das Vermögen, für welches sie ein Pfandrecht anspricht, muß in der Verwaltung des Mannes seyn. Denn das Pfandrecht soll nur dazu dienen, sie gegen diese Verwaltung sicher zu stellen. Hat sie nun ihr ganzes, oder

---

(14) N. 109. C. 1. Lauterbach Lib. XX. tit. 2. §. 36. Leyser med. sp. 226. m. 7. 8. Thibaut §. 643. Gmelin Rang. D. der Gläubiger S. 355. 490. Mevii decis. I. 173. 5. Dabelow bestreitet das Pfandrecht für die donatio propter nuptias. S. 168.

(15) Kommiss. Antr. XIII. 7. Bericht hiezu. Hauptantr. XI. 4. K. Rescr. hierauf.

einen Theil ihres Vermögens in eigener Administration, so wird ihr hiefür ein Pfandrechtstitel um so weniger zukommen, als ihr nach gemeinem Recht in diesem Falle auch das Pfandrecht nicht zukömmt.

c) Wenn eine Ehefrau vom Manne getrennt lebt, also namentlich wenn eines von beiden die Scheidungsgrade erstanden hat und die Trennung geduldet wird, so bleibt der Mann doch immer noch gesetzlicher Verwalter des Vermögens seiner Frau, und die leztere kann also auch in diesem Zustande, wenn es nicht früher geschehen ist, einen Pfandrechtstitel gegen ihn geltend machen. — Ist aber die Ehescheidung erfolgt, so geht derselbe für sie verloren, indem sie alsdann jeden Augenblick berechtigt ist, ihr Vermögen aus der Verwaltung des Mannes zurückzufordern.

4) Zeit der Entstehung des Pfandrechtstitels.

Nach der gemeinen Meinung beginnt das Pfandrecht für das Heurathgut mit Eingehung der Ehe, wenn das Heurathgut auch nicht sogleich eingebracht wird (16).

Daß dagegen die Frau einen Pfandrechtstitel erst alsdann erhält, wenn sie ihr Vermögen einbringt, folgt nicht nur daraus, daß früher eine Verwaltung des Mannes nicht statt findet (17), sondern auch aus dem als richtig anerkannten und nur in die Instruktion verwiesenen §. 34.

---

(16) Gmelin Ordn. der Gl. S. 344. Gail Obs. II. 86. 3. Lauterbach XX. 2. §. 17. Diese Meinung ist übrigens allgemeinen Grundsätzen nicht angemessen und läßt sich weder durch l. 48. pr. D. de jure dot. (23. 3.) und l. 1. D. qui pot. (20. 4.), welche Stellen andere Fälle enthalten, noch durch l. 12. C. qui pot. (8. 18.) l. 30. C. de jure dot. (5. 12.) rechtfertigen.

(17) Etwas anderes ist es, wenn der Ehemann seiner Frau vor der Illation nicht aus gesetzlicher Nothwendigkeit, sondern vertragsmäßig ein Pfand bestellt.

des Entwurfes, welcher verordnete, daß der Pfandrechtstitel durch einen den Betrag des Beibringens bezeichnenden Auszug aus dem Inventar ꝛc. bewiesen werden solle, was offenbar Illation voraussezt (18).

5) Von wem der Pfandrechtstitel geltend zu machen ist.

Daß die Ehefrau selbst, oder deren Vater, ebenso ihr Vormund auf Pfandbestellung dringen können, ist in dem Gesetze enthalten. Für den lezteren wird es sogar Pflicht seyn, es zu thun, und er wird, wenn er es unterläßt, wegen des daraus entstehenden Schadens verantwortlich gemacht werden können.

Der Gesetzesentwurf hatte ferner den Satz enthalten, daß die obrigkeitliche Behörde, welcher die Errichtung des Beibringensinventars obliege, für die Geltendmachung des Pfandrechtstitels Sorge zu tragen habe.

Die Kommission und mit ihr die Kammer trug darauf an, diesen Satz zu streichen, indem die Waisengerichte ohne dringenden Grund mit einer neuen schweren Verantwortlichkeit belastet würden, worauf jedoch die Regierung erwiederte, daß mit diesem Satze nicht sowohl eine strenge Verantwortlichkeit der Behörde, als vielmehr lediglich eine Erleichterung der Ehefrauen bei Geltendmachung des Pfandrechtstitels beabsichtigt werde (19).

In dieser Hinsicht wohl ist jener Satz nunmehr in der Fas-

---

(18) Dasselbe ist der Fall mit dem Pfandrechtstitel für die vertragsmäßige Gegenschenkung, auf welche ein Recht erst mit der Illation des Heurathgutes eintritt, (Nov. cit.) und bei dem dotalitium. Anders verhält es sich bei dem eigentlichen Wittum, das von dem Beibringen ganz unabhängig ist.

(19) Kommiss. Antr. XI. 2. Bericht hiezu. Hauptantr. IX. 2. K. Rescr. hierauf.

Fassung dahin verändert worden, daß die obrigkeitliche Behörde den Pfandrechtstitel der Ehefrau auch unaufgefordert geltend machen könne. Es scheint daher eine wirkliche Verbindlichkeit hiezu und im Falle der Unterlassung eine Verantwortlichkeit nicht stattzufinden.

6) Dauer des Pfandrechtstitels.

Der Pfandrechtstitel kömmt, wie schon bemerkt wurde, der Ehefrau so lange zu, als die Ehe nicht getrennt wird. Stirbt sie, so haben ihre Kinder den in den folgenden Artikeln ausgesprochenen Pfandrechtstitel und bedürfen des ihrigen nicht.

Wenn dagegen einmal der Pfandrechtstitel verwirklicht und das Pfandrecht bestellt ist, so kömmt dasselbe auch allen und jeden Erben der Ehefrau zu Statten (20).

Art. 31.

„Wenn bei Vollziehung des Pfandrechtstitels der Ehefrau für ihr Beibringen sich zeigt, daß nicht so viel freies Vermögen im Besitze des Ehemannes ist, als sie zu ihrer Sicherstellung bedarf; so steht ihr, wofern sie baares Geld eingebracht hat, oder ihr Beibringen in solches verwandelt worden ist, die Befugniß zu, mit jenem Gelde versicherte

---

(20) Nach dem Landrechte Thl. I. Tit. 75. §. volgends sollen (S. 210.) geht das Pfandrecht auch auf die Kinder der Frau über. Weishaar §. 581. Ebenso nach l. 12. C. qui pot. (8. 18.), was die Rechtslehrer zum Theile bis auf die Enkel ausdehnen. Leyser sp. 319. m. 4. Lauterb. de legali sive tac. hypoth. §. 15. Voet XX. 2. 20. Westphal §. 81. Gmelin Ord. der Gl. S. 349. Dagegen Dabelow S. 617. Mit diesem stillschweigenden Pfandrecht ist aber das bestellte öffentliche Unterpfand des neuen Rechtes, welches auf jeden Nachfolger übergeht, nicht zu vergleichen.

Gläubiger zu befriedigen und in deren Pfandrechte einzutreten."

Das hier der Ehefrau gestattete Eintrittsrecht in die Stelle eines von ihr befriedigten Gläubigers ihres Mannes ist im Grunde dasselbe, wie dasjenige, von welchem in Art. 107. die Rede ist. Der einzige Unterschied besteht darinne, daß in den gewöhnlichen Fällen, worauf der Art. 107. geht, der Schuldner das Geld aufnehmen und den ersten Gläubiger damit befriedigen muß, daß also die Einwilligung des Schuldners dazu gehört, damit der Eintritt eines neuen Gläubigers überhaupt stattfinden könne, während nach dem vorliegenden Artikel Ehefrauen dieses Eintrittsrecht ohne Weiteres auszuüben gesetzlich berechtigt sind. Die formellen Erfordernisse des Eintrittes aber können auch hier keine andern seyn, als die in Art. 107. angeführten (21).

Art. 32.

„Besitzt der Ehemann keine Immobilien; so kann eine allgemeine Vormerkung des Pfandtitels für die bestimmte Summe des nach Art. 28. zu versichernden Vermögens der Ehefrau, in dem Unterpfandsbuche unter dem Namen des Ehemannes, von der Ehefrau oder ihren Angehörigen (Art. 29.) verlangt werden.

Die Unterpfandsbehörde haftet in diesem Falle der Ehefrau oder ihren Erben dafür, daß die von dem Ehemanne späterhin etwa erworbenen Immobilien nicht ohne vorgängige Berücksichtigung jenes Pfandrechtstitels an Dritte verpfändet werden. (Vergl. Art. 80.)"

(21) Die Bestimmung dieses Artikels wurde zuerst von dem Ausschusse in Antrag gebracht. Ausschußsätze II. 16.

Diese Bestimmung fand sich schon in dem Entwurfe. Die Stände trugen darauf an, das Recht auf eine solche allgemeine Vormerkung jedem Gläubiger zu geben, was aber die Regierung als dem Grundsatze der Specialität widerstreitend fand, daher sie dieses Recht nur noch auf die Kinder ausdehnte (22).

Diese allgemeinen Vormerkungen geben aber nur die in dem zweiten Satze ausgesprochene Sicherheit, ohne daß ein Zeitvorzug, oder ein Recht gegen Dritte dadurch entstünde (23).

„Der Kinder.

Art. 33.

Den Kindern kommt ein gesetzlicher Pfandrechtstitel auf die Immobilien der Eltern zu, wegen ihres in der gesetzlichen Verwaltung der Eltern stehenden beweglichen Vermögens, so wie wegen des Erlöses aus ihren eigenthümlichen unbeweglichen Gütern, welche während der elterlichen Verwaltung veräußert worden sind."

---

1) Nach römischem Rechte hatten die Kinder ein stillschweigendes Pfandrecht auf dem Vermögen des Vaters wegen ihres in seiner Verwaltung stehenden, von mütterlichen Ascendenten herrührenden Vermögens, nicht aber (außer in gewissen Fällen bei Eingehung einer 2ten

---

(22) Hauptantr. III. Ziffer VI. A. 4. K. Rescr. hierauf. Vergl. Art. 35.

(23) Vergl. die Erläut. zu Art. 73. 3. f. und 115—19. 2. a. bb., wo von den Wirkungen einer allgemeinen Vormerkung näher die Rede ist.

Ehe (1) für andere in der väterlichen Verwaltung stehende Theile ihres Vermögens (2).

Durch das würtemb. Landrecht wurde dieses stillschweigende Pfandrecht der Kinder nicht nur auf ihr sämmtliches, in der Verwaltung des Vaters befindliche Vermögen ausgedehnt, sondern ihnen dasselbe auch auf das Vermögen der Mutter, wenn sie die Verwaltung hatte, eingeräumt (3).

Diese bisher geltenden Bestimmungen hat nun unser Gesetz zum größten Theile aufgefaßt und statt des stillschweigenden Pfandrechtes der Kinder diesen die rechtliche Befugniß eingeräumt, von ihren Eltern, als Verwaltern ihres Vermögens, die Bestellung eines Unterpfandes zu verlangen.

2) Gegenstand des Pfandrechtstitels.

a) Das bewegliche Vermögen der Kinder ist es eigentlich allein, zu dessen Schutze ihnen der Pfandrechtstitel gegeben wird, wobei es übrigens gleichgültig ist, ob es der Vater ist, der die Verwaltung darüber führt, oder die Mutter. — Nur dieses Vermögen ist es nämlich, dessen Verschleuderung durch die Eltern befürchtet werden kann, ohne daß die einzelnen Stücke wieder beizutreiben sind.

Das Gesetz fordert zugleich, daß die Verwaltung der Eltern gesetzlich sey; der Pfandrechtstitel steht also den Kindern nur zum Schutze desjenigen Vermögens zu, dessen Verwaltung sie den Eltern nach den Gesetzen noth-

---

(1) Hievon wird weiter unten gehandelt werden.

(2) l. 1. 6. §. 1. 2. C. de bonis qu. lib. (6. 61.) Lauterbach Diss. de legali vel tacita hypotheca §. 46. 47.

(3) Landr. II. tit. 8. §. „ebenmäßig" (S. 262.) IV. tit. 10. §. 1. (S. 462.) Gmelin Rangordn. der Gläubiger S. 479.

wendig überlassen müssen. So lange daher ein Kind in der väterlichen Gewalt ist, bezieht sich der Pfandrechtstitel bloß auf das ordentliche adventitische, nicht aber auf das militärische und außerordentliche adventitische Sondergut. Außer dem Verhältnisse der väterlichen Gewalt bezieht er sich auf diejenigen Erbschaftsgüter der Kinder, an welchen den Eltern das Recht der Verwaltung und Nutznießung auf ihr ganzes Leben, oder doch auf eine Reihe von Jahren gesetzlich zusteht, wobei kaum zu bemerken nöthig ist, daß zu den ersteren das Erbgut von dem zuerst verstorbenen Vater oder der Mutter, zu den lezteren die bis zur Volljährigkeit oder der Verheurathung des Kindes in der Eltern Nutznießung stehenden Erbgüter väterlicher oder mütterlicher Seite gehören, wenn nicht über die lezteren in dem Testamente des Erblassers besondere Bestimmungen getroffen worden sind (4).

Wenn daher ein Haussohn sein militärisches oder außerordentliches adventitisches Sondergut, oder ein selbstständiges volljähriges Kind sein Erbschaftsvermögen von Verwandten mütterlicher oder väterlicher Seite in die väterliche oder mütterliche Verwaltung giebt, so kann es deßhalb aus dem Gesetze die Pfandbestellung nicht ansprechen, weil die Verwaltung in diesen Fällen den Eltern nicht gesetzlich zusteht, sondern eine solche Uebergabe Sache des freien Willens ist.

b) Für ihr unbewegliches Vermögen, welches in der Verwaltung der Eltern steht, haben die Kinder den gesetzlichen Pfandrechtstitel nicht, dagegen kömmt er ihnen zu, sobald jenes unbewegliche Vermögen in bewegliches verwandelt wird. Wenn z. B. der Vater einen seinem

---

(4) Landr. IV. Tit. 7. §. 4. „und was" (S. 452.) Tit. 9. §. „was aber" und §. „wo auch" (S. 461.)

Kinde gehörigen Acker, welchen er in seiner Verwaltung hat, verkauft und den Erlös daraus in Verwaltung nimmt, so erlangt das Kind zu seiner Sicherheit für diesen Erlös einen gesetzlichen Pfandrechtstitel.

3) Zeit der Entstehung des Pfandrechtstitels. Das frühere stillschweigende Pfandrecht der Kinder entstand mit dem Tage, an welchem der Vater, oder nach würtembergischen Rechte auch die Mutter die Verwaltung übernahm, und nicht erst in dem Zeitpunkte, wo sich zeigte, daß die elterliche Verwaltung zum Nachtheile der Kinder gereicht habe (5). Dasselbe ist auch bei dem gesetzlichen Pfandrechtstitel der Fall. Sobald das Vermögen eines Kindes in die gesetzliche Verwaltung der Eltern gegeben wird, kann sein Pfleger, oder kann es selbst die Bestellung eines Unterpfandes fordern. So bei beweglichem Vermögen; bei unbeweglichen Gütern aber entsteht der Pfandrechtstitel erst dann, wenn sie gesetzlich veräußert werden, und der Erlös in die Hände der Eltern kommt, weil sich erst von dieser Zeit an eine nicht wieder gut zu machende Verschleuderung befürchten läßt.

4) Dauer des Pfandrechtstitels und des Pfandrechtes. Den Pfandrechtstitel können die Kinder so lange geltend machen, als die Verwaltung der Eltern dauert und sie dieselbe nach den Gesetzen bestehen lassen müssen, also bei dem ordentlichen adventitischen Sondergute bis zu Beendigung der väterlichen Gewalt, bei mütterlichem oder väterlichem Erbe, so lange der überlebende Ehegatte am Leben bleibt, und bei Erbgütern von den Verwandten väterlicher oder mütterlicher Seite bis zur Volljährigkeit oder Verheurathung eines Kindes. — Sobald

---

(5) l. 6. §. 2. C. de secund. nupt. (5. 9.) l. 6. §. fin. C. de bon. qu. lib. (6. 61.)

die Verwaltung der Eltern nicht mehr gesetzlich nothwendig ist, kann auch von Geltendmachung eines Pfandrechtstitels nicht mehr die Rede seyn.

Anders verhält es sich, wenn das Pfandrecht selbst einmal erworben ist, dieses besteht fort, eben weil es erworben ist und daher ohne besondere Gründe nicht aufhören kann. Nur so lange ein Pfandrecht nicht bestellt ist, haben die Kinder andere Ansprüche, als gewöhnliche Gläubiger, ist es aber einmal bestellt, so treten sie in das nämliche Rechtsverhältniß wie diese, und ihr Pfandrecht muß also so lange dauern, als sich eine Forderung von ihrer Seite als möglich denken läßt.

Art. 34.

„Diesem Grundsatze gemäß ist den Kindern insbesondere in dem Falle, wenn ihnen in Gemeinschaft mit dem zur Nutznießung berechtigten Ascendenten eine Erbschaft anfällt, Sicherheit durch Unterpfänder für den Ueberschuß zu leisten, um welchen der Betrag ihrer Erbschaftsforderung den Werth der ihnen als wahres Eigenthum zugefallenen erbschaftlichen Güterstücke übersteigt.

Auch ist, wenn Erbschaftsschulden vorhanden sind, bei Bestimmung des Betrags, für welchen die Kinder durch Unterpfänder sicher gestellt werden sollen, nicht bloß die nach Abzug der Schulden sich ergebende reine Erbschaftsforderung der Kinder, sondern zugleich auch der Antheil, für welchen dieselben den Erbschaftsgläubigern haften, in Berechnung zu nehmen.

Die Vorschrift der Kommunordnung Kap. II. §. 14 S. 58 ist hiermit aufgehoben.“

I. Zu dem ersten Satze von: „Diesem Grundsatze — übersteigt."

1) Gang der Gesetzgebung.

Für den Fall, daß der überlebende Ehegatte den verstorbenen zugleich mit dessen Kindern beerbte und die ganze Erbschaft in seine Verwaltung und Nutznießung bekam, enthielt die Kommunordnung die Vorschrift (1), daß die Kinder wo immer möglich auf sichere liegende Güter nicht nur unterpfandsweise, sondern mit dem Eigenthum selbst verwiesen werden sollen. — Es entstanden nun für die Auslegung und Anwendung dieses Gesetzes zwei besonders schwierige Fragen: ob nämlich 1. durch die Verweisung für die Kinder ein Eigenthums- oder nur ein Unterpfandsrecht auf die verwiesenen Güter begründet werde, und 2. ob der überlebende Ehegatte das Recht habe, einzelne Stücke aus der in seiner Verwaltung und Nutznießung stehenden Erbschaft nach Belieben zu veräußern. Nach Einigen sollte für die Kinder ein wahres Eigenthum (2), nach Andern nur ein Unterpfandsrecht entstehen (3); die zweite Frage aber ist noch niemals durchgreifend beantwortet worden (4).

Diesen Schwierigkeiten wird nun durch das gegenwärtige Gesetz größtentheils abgeholfen. In dem Entwurfe (§. 38) waren schon ähnliche Bestimmungen enthalten. Die Kommission machte dagegen einen weitläufigen

---

(1) Kap. II. §. 14. S. 58.

(2) Gmelin Ordnung der Glr. §. 45.

(3) Bolley Betrachtungen über verschiedene Rechtsmaterien III. Kapf Samml. merkw. Rechtssprüche. Ziffer 56.

(4) Vergl. über diesen Gegenstand besonders Bolley über öffentliche Unterpf. S. 120. folg. Desselben Entwurf einer Amtsinstruktion für Gerichtsnotarien S. 56. 106. 124. Motive hiezu S. 35. 83. 90. Bericht der ständ. Kommission §. 10.

Antrag, welcher in der Hauptsache dahin gieng, daß die Antheile der Kinder an dem erbschaftlichen Grundeigenthume stets, sey es nun reell, oder ideell, ausgeschieden werden sollen (5). Es wurde dagegen in der Kammer bemerkt, daß diß zu weit führe, und da man sich am Ende darüber vereinigte, daß 1. bei der Eventualtheilung reell getheilt werden solle, so weit es möglich sey, und daß 2. wo diß nicht angehe, die Kinder nach dem Schätzungspreise wirkliche Pfandgläubiger des überlebenden Ehegatten werden sollen, so wurde der Abgeordnete von Bolley mit Ausarbeitung eines hierauf zu gründenden Antrages beauftragt, welchen die Kammer sofort der Regierung vorlegte. Diese glaubte indeß nicht sogleich darauf eingehen zu können und so hatte es denn bei den Bestimmungen des Entwurfes vorläufig sein Bewenden (6).

(2) Nähere Entwicklung der Bestimmungen des neuen Gesetzes im Allgemeinen.

a) Wenn es möglich ist, so sollen die Kinder für ihren Antheil an den von dem vorverstorbenen Ehegatten hinterlassenen liegenden Gütern mit privativem Eigenthumsrecht verwiesen, d. h. es sollen ihnen so viele liegende Güter als ausschließliches, abgesondertes Eigenthum zugeschieden werden, daß der Antheil, den sie an den von dem Verstorbenen hinterlassenen Gütern vermöge ihres Erbrechtes haben, dadurch ausgefüllt wird. Es genügt hiebei, wenn die Kinder auf diese Weise für ihre Antheile in der Gesammtheit befriedigt werden, ohne daß einem jeden Kind besondere Güter zugeschieden werden.

---

(5) Kommissionsantr. XIV. Bericht hiezu.

(6) Verhandl. Heft IX. S. 753. 754. Adresse über einen Gesetzesentwurf in Betreff der Absonderungsrechte, mit Beilage. K. Rescript hierauf. S. Drittes außerord. Beil. Heft zu den Verhandlungen von $18\frac{2}{4}\frac{5}{4}$ 2te Abtheilung S. 472 — 76.

b) Wenn eine reelle Austheilung der Erbschaftsgüter nicht wohl thunlich ist, was der Fall seyn kann, wenn die liegende Erbschaft in einem Stücke, z. B. einer Mühle, einem unzertrennlichen Hofgute besteht, so sollen den Kindern wenigstens ideelle Theile daran mit Eigenthumsrecht zugeschieden werden, so daß z. B. der überlebende Ehegatte zu einem, und die hinterlassenen zwei Kinder zu zwei Drittheilen Eigenthümer werden.

c) Wenn nun die den Kindern zugeschiedenen Güter, oder die Eigenthumstheile an Gütern dem Werthe nach so viel ausmachen, als ihre Erbschaftsantheile betragen, so ist die Sache im Reinen. Betragen sie mehr, so müssen die Kinder um die Summe des Mehrbetrages Erbschaftsschulden übernehmen; betragen sie aber weniger, als die Erbantheile der Kinder, so daß dieselben nicht so viel Eigenthum erhalten haben, als ihnen vermöge der Erbschaft zukommen sollte, so muß ihnen von dem überlebenden Gatten für die Summe Sicherheit geleistet werden, welche nach dem Abzuge des Werthes der ihnen zugeschiedenen Güter von ihrem Erbschaftsantheile übrig bleibt. Betrügen also ihre sämmtlichen Erbtheile 1000 fl. und die ihnen zugewiesenen Güter 800 fl., so müßte der überlebende Ehegatte noch für 200 fl. Sicherheit leisten.

d) Diese Sicherheit wird durch Pfandbestellung auf liegende Güter geleistet, und zwar für die Erbschaftsantheile der Kinder in ihrer Gesammtheit, nämlich so, daß alle Kinder für den ganzen Betrag ihrer Erbschaftsansprüche durch die nämliche Pfandbestellung gesichert werden (7).

---

(7) Diese Sätze liegen in dem Artikel selbst und ergeben sich in dieser Entwicklung aus §. 38. des Entwurfs und der Verordn. vom 28. Mai 1825. Regierungsblatt Nro. 21. §. 34. folg.

Die Unterpfandbestellung darf jedoch in dem einfachen Betrage der Forderung geschehen (8).

3) Bei bestehender allgemeiner Gütergemeinschaft findet das Gesetz keine Anwendung.

Es könnte ein Zweifel darüber entstehen, ob der Pfandrechtstitel den Kindern nicht auch dann zustehe, wenn die Eltern in allgemeiner Gütergemeinschaft gelebt haben, und diese nun zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern fortgesezt wird. (Communio bonorum prorogata.)

Da das Gesetz in dem vorhergehenden Artikel von einer gesetzlichen Verwaltung des Vermögens der Kinder durch die Eltern spricht, während es bei bestehender allgemeiner Gütergemeinschaft nur ein gemeinschaftliches, nicht aber ein besonderes Vermögen der Ehefrau, oder Kinder giebt, da ferner die Ehefrau auch nur bei bestehender Errungenschaftsgesellschaft einen Pfandrechtstitel hat, und da endlich in dem Entwurfe auch für den Pfandrechtstitel der Kinder die Errungenschafrsgesellschaft zur Bedingung gemacht wurde, ohne daß dieser Artikel des Entwurfes seinem Wesen nach durch die Verabschiedung geändert worden wäre, so wird man die aufgestellte Frage verneinen müssen.

Dafür liegt auch eine Bestätigung darinne, daß nach allgemein bestehenden Regeln und Gebräuchen da, wo allgemeine Gütergemeinschaft besteht, die Kinder mit dem überlebenden Ehegatten auf Gedeih und Verderb sitzen und dieser in Ansehung des in seiner Verwaltung stehenden gemeinschaftlichen Vermögens keine vormundschaftliche Pflichten zu erfüllen hat (9).

---

(8) Vergl. Art. 13.

(9) Eichhorn deutsch. Priv. Recht §. 307. Runde §. 608.

Anders gestaltet sich das Verhältniß, sobald der überlebende Ehegatte wieder heurathet, in welchem Falle das gemeinschaftliche Vermögen wenigstens eventuell getheilt zu werden pflegt. Alsdann wird auch für die Kinder erster Ehe ein gesetzlicher Pfandrechtstitel begründet seyn.

4) Wirkungen.

a) Nutzen und Schaden. Sind für die Ansprüche der Kinder einzelne Güter wirklich ausgeschieden worden, so tragen sie allein diesem ihrem Eigenthume zustoßenden zufälligen Schaden, und genießen die Vermehrungen und Verbesserungen, wogegen ihnen der Nutznießer den Schaden zu ersetzen hat, welcher während der von ihm geführten Verwaltung durch seine Schuld entstanden ist. Bleibt aber die Erbschaft unvertheilt, so ist Gewinn und Verlust, (soferne der leztere nicht wieder durch die Schuld des Nutznießers entsteht,) nach Verhältniß der Antheile gemeinschaftlich.

b) Verwaltungs- und Veräußerungsrecht des Nutznießers.

Daß der überlebende Ehegatte über sämmtliche, vertheilte oder unvertheilte Güter so weit verfügen kann, als die Verwaltung derselben erfordert, kann keinem Zweifel unterworfen seyn. Etwas anderes aber ist es mit der Veräußerung, oder Verpfändung einzelner Güter und es kömmt hier ganz auf die Art und Weise an, wie die Eventualtheilung vorgenommen worden ist.

aa) Sind die Kinder auf gewisse Güter mit privativem, oder ausschließlichem Eigenthumsrechte verwiesen worden, so können der Vater oder die Mutter dieselbe nur unter den gesetzlichen Bedingungen veräußern, oder verpfänden, unter welchen eine solche Verfügung über das den Kindern zustehende unbewegliche Vermögen erlaubt ist. Ueber die ihm selbst ausschließlich zugetheil-

ten Vermögensstücke aber kann der überlebende Ehegatte frey und unbeschränkt verfügen, weil die Kinder vermöge der reellen Absonderung aufgehört haben, Miteigenthümer zu seyn.

bb) Wenn die Erbschaftsgüter nicht wirklich vertheilt worden, sondern in dem gemeinschaftlichen Eigenthume des überlebenden Ehegatten und der Kinder so geblieben sind, daß diesen bloß ideelle Theile angewiesen wurden, so kann dem überlebenden Ehegatten eine Verpfändung oder Veräußerung seines Antheiles so wenig untersagt seyn, als dem Theilhaber einer gemeinschaftlichen Sache. In Beziehung auf den Antheil der Kinder aber ist er ebenso beschränkt, wie im vorhergehenden Falle.

cc) Ist den Kindern auf unbewegliche Güter des überlebenden Ehegatten ein Unterpfand bestellt worden, so können jene Güter nicht anders veräußert werden, als wenn zugleich die Befriedigung der Kinder für ihre Antheile erfolgt, oder wenn anstatt der zu veräußernden Pfandgegenstände mit Einwilligung der selbstständigen, volljährigen Kinder, oder wenn sie nicht selbstständig und volljährig sind, mit Einwilligung der Pfleger und des Waisengerichts andere Güter in die Versicherung eintreten.

c) Abfertigung einzelner Kinder aus den Erbschaftsgütern.

Eine wirkliche Abfertigung einzelner Kinder aus den Erbschaftsgütern, seyen diese nun bloß zwischen ihnen allein, oder auch zwischen ihnen und dem überlebenden Ehegatten gemeinschaftlich geblieben, kann nur mit Einwilligung aller Theilhaber und nie von dem überlebenden Ehegatten allein geschehen. Werden daher einzelnen Kindern aus der Erbmasse Heurathgüter gegeben, ohne daß sie nach allseitiger Uebereinkunft als wirkliche Abfertigung angesehen werden können, so gewinnen die Empfänger daran kein

volles Eigenthum, sondern sie sind, wenn es zur Realtheilung kömmt, gehalten, das Empfangene wieder einzuwerfen.

d) Revision. Eine eigentliche Revision, wie sie bisher war, findet nicht Statt, wenn die Erbschaftsstücke nach reellen, oder ideellen Theilen ausgeschieden worden sind. Sie geht nur noch dahin, daß Unrichtigkeiten, welche sich bei der Theilung eingeschlichen haben, verbessert werden, und auf Ausmittlung der Theilnahme der Kinder an zufälligen Veränderungen, so wie der zwischen ihnen und dem überlebenden Ehegatten entstandenen Entschädigungsansprüche.

II. Zu dem zweiten Satze: „Auch ist — in Berechnung zu nehmen."

Die Veranlassung zu diesen Bestimmungen liegt wohl in Bolley's Schrift über öffentliche Unterpfänder (10) und in dessen Betrachtungen (11), wo dargethan ist, daß die Kinder durch den Vorverweis für ihre reine Aktivforderung sehr oft nicht hinlänglich gesichert seyen. Man setze den Fall, daß eine Erbschaft von 3000 fl. an Aktivposten, zugleich aber auch 1500 fl. Schulden vorhanden seyen, so daß nach Abzug dieser Schulden die zwei hinterlassenen Kinder des vorverstorbenen Ehegatten zwei Drittel mit 1000 fl. erhalten. Werden sie nun bloß für diese Summe, d. h. für den wirklichen Erbantheil, wie er ihnen nach Abzug der Schulden bleibt, versichert und die Gläubiger der 1500 fl. treten nachher mit zwei Drittheilen ihrer Forderungen, also mit 1000 fl. klagend gegen sie auf, so daß sie dieselbe bezahlen müssen, so hört dadurch die Wohlthat der Versicherung

---

(10) §. 61. S. 122.
(11) S. 165. 166.

für ihr Aktiverbe von 1000 fl. beinahe ganz auf, denn was sie auf dieser Seite erhalten, verlieren sie auf der andern. Die Kinder können daher, sobald Schulden in der Erbschaft vorhanden sind, welche auch gegen sie nach Maßgabe ihrer Erbantheile geltend gemacht werden können, nur dadurch vollkommen sicher gestellt werden, daß sie nicht nur für den Erbantheil, der sie nach Abzug der Erbschaftsschulden trifft, sondern auch für denjenigen Betrag dieser Schulden ein Unterpfand erhalten, welcher nach Maßgabe ihrer Erbantheile von ihnen gefordert werden kann. In dem oben gegebenen Falle muß daher die den Kindern zu bestellende Sicherheitsleistung nicht nur ihr reines Aktiverbe von 1000 fl., sondern auch den sie treffenden Schuldantheil von 1000 fl., also ihr Passiv- und Aktiverbe zusammen von 2000 fl. umfassen.

Hievon findet eine Ausnahme dann statt, wenn die Erbschaftsgläubiger auf ihre Ansprüche gegen die Kinder verzichten und sich damit lediglich an den überlebenden Ehegatten verweisen lassen, worüber sie von der Theilungsbehörde jedesmal zu befragen sind (12). Hier kann nun auch der Fall vorkommen, daß ein Theil der Gläubiger hiezu einwilligt, der andere nicht. Alsdann sind die Forderungen der nicht einwilligenden Gläubiger zusammenzuschlagen, der die Kinder daran treffende Antheil zu berechnen, und sie für ihr, nach Abzug der auf den überlebenden Ehegatten verwiesenen Schulden übrig bleibendes, reines Erbe und jenen sie noch treffenden Schuldantheil zusammen zu versichern.

Ein Beispiel wird diese Regeln noch deutlicher machen. Es betrage eine Erbschaft 3000 fl., der Antheil des über-

---

(12) In §. 39 des Entwurfs war diß als ausdrückliche Vorschrift enthalten.

lebenden Ehemannes sey 1000 fl., der der Kinder 2000 fl., es seyen aber auch 600 fl. Schulden vorhanden. An diesen 600 fl. würde nun, wenn keine besondere Verweisung der Gläubiger stattfände, der überlebende Ehegatte 200 fl., die Kinder 400 fl. zu übernehmen haben und die reine Aktivverbschaft der lezteren würde sich auf 1600 fl., die des Vaters (oder der Mutter) auf 800 fl. vermindern.

Werden nun sämmtliche Schulden mit Einwilligung der Gläubiger auf den Vater verwiesen, so muß er statt 1000 fl. nun 1400 fl. an den Aktivposten der Erbschaft erhalten, weil er 400 fl. Schulden von den Kindern übernimmt. Diese dagegen erhalten den nun schuldenfreien Betrag von 1600 fl., wofür ihnen Sicherheit gegeben werden muß.

Wenn sich die Gläubiger aber nur zum Theil auf den Vater verweisen lassen, wenn z. B. an den 600 fl. Schulden A und B jeder 300 fl. zu fordern haben, und A den Vater zu seinem Schuldner annimmt, B nicht, so wird natürlich die Berechnung eine andere. Während nun der Vater den Gläubiger A mit 300 fl. übernimmt, so läßt er den seine Kinder an dieser Schuld treffenden Antheil von 200 fl. auf sich übertragen. Er muß also, damit er hiefür Ersatz bekömmt, an dem Erbe nicht nur 1000 fl., sondern 1200 fl. erhalten. Um diese 200 fl. wird der Erbantheil der Kinder geringer, allein statt 400 fl. Schulden haften auf demselben nur noch 200 fl., nämlich der sie treffende Antheil von 200 fl. an der Forderung des B mit 300 fl. Da nun ihr Erbtheil nach Abzug der Forderung des A noch 1800 fl. beträgt, so müssen sie für diese 1800 fl. und noch weiter für 200 fl., welche B nach Maßgabe ihrer Erbantheile von ihnen fordern kann, gesichert werden.

Art. 35.

„Wenn die Eltern keine verpfändbaren Gegenstände besitzen; so findet zu Gunsten der Kinder die im Art. 32 gestattete allgemeine Vormerkung des Pfaudrechtstitels mit der dort bezeichneten Wirkung Statt.

Art. 36.

Schreitet die überlebende Mutter zur weiteren Ehe, so können ihre Kinder zur Sicherung ihres Vermögens den der Mutter wegen ihres Beibringens zustehenden Pfaudrechtstitel (Art. 28) gegen den Stiefvater geltend machen."

Der in Art. 35 den Kindern gegebene allgemeine Pfandrechtstitel ist ganz dem der Ehefrauen (Art. 32) zu vergleichen.

Das römische Recht verordnet, daß wenn die Mutter vor abgelegter Vormundschaftsrechnung über die Verwaltung des Vermögens ihrer Kinder zu einer zweiten Ehe schreite, diese wegen ihrer etwaigen Ansprüche aus der mütterlichen Vormundschaft ein gesetzliches Pfandrecht auf das Vermögen des Stiefvaters haben sollen.

Der in Art. 36 gegebene Pfandrechtstitel ist anderer Art. Jede Frau kann zur Sicherheit ihres beigebrachten Vermögens Unterpfandsbestellung auf die unbeweglichen Güter des Mannes verlangen. Ob sie von diesem Rechte Gebrauch machen will, oder nicht, hängt von ihr ab und es läßt sich denken, daß sie es vielleicht aus Gefälligkeit gegen den Mann unterläßt und sich lieber der Gefahr eines Vermögensverlustes aussetzen, als durch Dringen auf Pfandbestellung den häuslichen Frieden unterbrechen will. Dieser Fall kann auch dann eintreten, wenn eine Frau, die aus erster Ehe Kinder hat, zu einer

zweiten Ehe schreitet, und es ist begreiflich, daß auf diese Weise auch die Kinder erster Ehe Gefahr laufen, ihr dereinstiges Erbrecht auf das Vermögen ihrer Mutter durch dessen Verschleuderung vereitelt zu sehen. Um nun diese Gefahr von ihnen abzuwenden, bestimmt der Gesetzgeber, daß auch sie anstatt ihrer Mutter von deren zweiten Gatten, ihrem Stiefvater sollen verlangen können, daß er für das Beibringen seiner Frau ein Unterpfand bestelle. Daß diß geschehe, wird meistens Sorge des Pflegers seyn müssen.

Es könnte die Frage entstehen, ob nun den Kindern statt des oben erwähnten stillschweigenden Pfandrechtes auf das Vermögen des Stiefvaters ein gesetzlicher Pfandrechtstitel zukomme. Diese Frage ist aber aus dem einfachen Grunde zu verneinen, weil der Gesetzgeber ihnen den Pfandrechtstitel für diesen Fall nicht gegeben hat.

Ein weiteres stillschweigendes Pfandrecht hatten bisher die Kinder erster Ehe an dem Vermögen ihrer leiblichen Eltern wegen der durch Eingehung einer zweiten Ehe von denselben verwirkten Güter (1).

Sind nun diese Güter unbeweglich, so werden die Kinder Zuweisung mit Eigenthumsrecht verlangen können, sind sie aber beweglich, so werden sie dafür auch, wie für ihr anderes, in der elterlichen Verwaltung und Nutznießung stehendes Vermögen einen Pfandrechtstitel haben.

„Pfandrechtstitel der Pflegbefohlenen und milden Stiftungen.

Art. 37.

(3) Den Minderjährigen und anderen unter

---

(1) Thibaut §. 643.

Vormundschaft gestellten Personen, ingleichen den milden Stiftungen, steht ein gesetzlicher Pfandrechtstitel auf das Vermögen der Vormünder oder Verwalter wegen Forderungen aus der Verwaltung alsdann zu, wenn bei Ablegung der Rechnung sich ein solcher Anspruch ergeben hat, und die Hülfsvollstreckung gegen den Pfleger oder Verwalter nicht sogleich bewirkt werden kann."

Nach dem römischen Rechte hatten die Pupillen und Minderjährigen ein Pfandrecht auf das Vermögen ihres Pflegers von dem Tage der angetretenen Verwaltung an, und dieses stillschweigende Pfandrecht hat die Praxis auf milde Stiftungen, unser Landrecht aber außer den Minderjährigen auch auf alle in Pflegschaft stehenden Personen ausgedehnt (4).

Dieses stillschweigende Pfandrecht ist nun, jedoch mit einer bedeutenden Beschränkung in einen gesetzlichen Pfandrechtstitel verwandelt worden.

1) Das Pfandrecht entstand, wie bemerkt, mit der Uebernahme der Verwaltung, jezt kann der Pfandrechtstitel erst dann geltend gemacht werden, wenn sich bei Ablegung der Rechnung ein Anspruch an den Verwalter ergiebt, der nicht sogleich befriedigt werden kann. Der Gesetzesentwurf hatte diesen Pfandrechtstitel gar nicht aufgenommen, und es können auch allerdings über seine Zweckmäßigkeit Zweifel entstehen. Denn es ist nicht zu läugnen, daß es, zumal wenn die Uebernahme einer Verwaltung nothwendig ist, dem Verwalter oft hart fallen muß,

---

(1) Leyser sp. 228. m. 1. Lauterb. de legali vel tac. hyp. §. 44. 45. 70. Dabelow S. 233. l. 20. C. de administr. tutor. (5. 37.) Landr. Th. II. Tit. 8. §. „nicht weniger." S. 262.

Sicherheit durch Unterpfandsbestellung zu leisten. Allein dieser Anstand ist hauptsächlich erst dann von Bedeutung, wenn der Pfandrechtstitel mit dem Antritte der Verwaltung gegeben wird und der Mittelweg, welcher hier auf den Antrag des Ausschusses (2) eingeschlagen wurde, ist gewiß der beste.

2) Dieser Pfandrechtstitel kömmt allen Pfleglingen zu, also nicht nur Minderjährigen, sondern auch Rasenden, gerichtlich erklärten Verschwendern, Taubstummen, welche ihr Vermögen nicht selbst verwalten können, sodann Stiftungen, Armenkassen, Hospitälern, Gemeinden u. s. w.

3) Läßt der Pflegling, wenn er sein Vermögen selbst übernehmen kann und die Rechnung abgelegt ist, dasselbe auch freiwillig in den Händen des Pflegers, so wird der Pfandrechtstitel doch für eine zur Zeit der früheren Verwaltung entstandene Forderung begründet seyn, denn derselbe wird nicht für die Zukunft, sondern für die Vergangenheit gegeben, für eine Forderung, welche zu der Zeit entstand, da der Pflegling sein Vermögen in fremden Händen lassen mußte. Hierinne liegt ein Unterschied zwischen diesem Pfandrechtstitel und dem der Ehefrauen und Kinder.

„Der Legatarien und der Erbschaftsgläubiger.

Art. 38.

(4) Derjenige, welcher aus einer Erbschaft ein Vermächtniß anzusprechen hat, dessen Ausbezahlung nicht sogleich nach dem Erbschaftsantritt begehrt werden kann, ist befugt, die Bestellung eines Unterpfands auf den ererb-

---

(2) Ausschußsätze II. 15. d.

ten unbeweglichen Vermögensstücken von dem zu verlangen, welchem die Entrichtung des Vermächtnisses von dem Erblasser auferlegt worden."

Der Anspruch auf Pfandbestellung für ein Vermächtniß ist natürlich an die Gültigkeit des leztern geknüpft. Dasselbe kann aber nur von dem hinterlassen werden, welcher die rechtliche Fähigkeit, zu testiren, hat, also ist hievon auch das Daseyn des gesetzlichen Pfandrechtstitels, so wie früher des stillschweigenden Pfandrechtes abhängig (1). Sodann muß der Erblasser überhaupt freies Vermögen haben, denn wenn dasselbe durch Schulden erschöpft wird, so sind alle Vermächtnisse (soferne der Erbe sie nicht übernimmt) unkräftig (2). Ob aber das Vermächtniß in einem Testamente oder Kodicille hinterlassen worden ist, begründet für das gesetzliche Pfandrecht und nun für den Pfandrechtstitel keinen Unterschied (3).

Es handelt sich nun hauptsächlich davon, von wem, zu welcher Zeit, auf welche Gegenstände und gegen welche Personen der Pfandrechtstitel geltend gemacht werden könne?

1) Berechtigte Personen. Nach dem bisher geltenden gemeinen Rechte hatten diejenigen, welchen ein Legat, ein Singularfideikommiß oder eine noch nicht entrichtete Schenkung von Todes wegen zufiel, ein gesetzliches Pfandrecht. — Dieses Pfandrecht ist nun durch unser Gesetz in einen Pfandrechtstitel verwandelt worden. Ist aber dieser auch allen denen gegeben, welchen früher das stillschweigende Pfandrecht zukam?

---

(1) l. 7. §. 6. D. de don. (39. 5.)

(2) l. 3. J. de lege falc. (2. 22,) l. 3. pr. §. 1. l. 66. §. 1. D. ad l. falc. (35. 2.) l. 7. C. eod. (6. 50.)

(3) Lauterbach tract. de pignore sive hypotheca VI. 29.

In der Aufschrift des Artikels heißt es freilich nur: „Pfandrechtstitel der Legatarien.“ Indeß hat schon der ständische Ausschuß „Fideikommissarien“ in eine Parenthese gesezt (4). In dem Gesetze selbst lesen wir ferner: „welcher aus der Erbschaft ein Vermächtniß auszusprechen hat“ ꝛc. Hierunter muß daher, besonders da Singularfideikommisse und Legate längst gleichgestellt sind, nicht nur das Legat, sondern auch das Singularfideikommiß verstanden werden. Indessen möchte auch selbst die Schenkung von Todes wegen nicht auszuschließen seyn, da sie, soferne sie erst nach dem Tode des Erblassers zu entrichten ist, die nächste Verwandschaft mit dem Legate hat und der Gesetzesgrund derselbe ist.

Außerdem fand nun aber bisher in einem besondern Falle ein gesetzliches Pfandrecht Statt. Wenn nämlich ein Erblasser A dem C dasjenige fideikommissarisch vermachte, was B von der ihm zufallenden Erbschaft des A einst hinterlassen würde, so mußte dem C in der Regel der vierte Theil dieser Erbschaft erhalten bleiben und wenn B die dazu gehörigen Objekte veräußerte, so konnte C dieselbe im Nothfalle bis jezt mit einer pfandrechtlichen Klage gegen jeden dritten Besitzer verfolgen (5). Ob nun in diesem Falle der Fideikommissar C einen gesetzlichen Pfandrechtstitel habe, könnte zweifelhaft seyn. Da indeß schon das Außerordentliche dieser Bestimmung der Vermuthung, daß der würtemb. Gesetzgeber dieselbe auch bei der neuen Gestaltung des Pfandrechtes angewandt wissen wollte, entgegen ist und das Universalfideikommiß sich unter dem Gesetzesausdrucke „Vermächtniß“ nicht

---

(4) Ausschußsätze II. 15. e.
(5) Nov. 108. C. 2. 3.

wohl begreifen läßt, so möchte die Frage zu verneinen seyn.

2) Zeit der Entstehung des Pfandrechtstitels. Den Anfang des bisherigen gesetzlichen Pfandrechtes setzen einige Rechtslehrer in die Zeit des Todes des Erblassers, während von andern verschiedene Zeitpunkte angenommen werden (6). Welche Meinung nun auch die richtigere seyn möge, so ändert sich das Verhältniß, da an die Stelle des Pfandrechtes der Pfandrechtstitel getreten ist. Daß dieser erst dann wenigstens geltend gemacht werden könne, wenn die Erbschaft angetreten ist, wird kaum einem Zweifel unterworfen seyn, denn der Pfandrechtstitel kann nur gegen die Personen geltend gemacht werden, welche die Verpflichtung haben, ein Pfandrecht zu bestellen, und vor Antretung der Erbschaft ist eine solche Verpflichtung auf keiner Seite vorhanden, da sie nur für die Erben stattfinden kann und bei diesen erst nach Antretung der Erbschaft entsteht.

Wichtiger ist die Frage, ob — auch nach geschehener Antretung — ein Unterschied zwischen denjenigen Legaten, auf welche das Recht sogleich, und denjenigen, auf welche es nicht sogleich erworben wird, stattfinde. Bekanntlich unterscheiden die Gesetze den Zeitpunkt, in welchem das Recht auf ein Legat entsteht (dies cedit) von dem Zeitpunkte, in welchem die Entrichtung desselben gefordert werden kann (dies venit). Daß nun unser Gesetz auf den ersteren Fall Anwendung finde, daß also ein Pfandrechtstitel demjenigen Legatar zustehe, welcher ein Recht auf das Legat erworben hat, die Entrichtung

---

(6) Lauterbach de leg. vel tacita hypoth. IX. 53. Löhr im Archiv für civil. Praxis V. 2. no. 7. S. 213.

aber erst nach Verfluß einer gewissen Zeit fordern kann (7), ist klar und unbestreitbar in unserem Gesetze enthalten. Eine andere Frage ist es aber, ob auch derjenige Legatar nach der Erbschaftsantretung die Bestellung eines Pfandes verlangen könne, welcher noch kein wirkliches Recht auf das Legat selbst erworben hat und wenn es noch ungewiß ist, ob er dasselbe überhaupt je erwerben wird (8). Die Berathungen über das Gesetz geben hierüber keinen Aufschluß, indem die ständische Kommission diesen Pfandrechtstitel kaum berührt hat. Dagegen ist die Fassung in den Ausschußsätzen (9) diese: „den Legatarien (Fideikommissarien) wegen der Legate, welche nicht gleich nach dem Erbschaftsantritte entrichtet werden müssen, auf dem Vermögenstheile, den der Beschwerte von dem Erblasser erhalten hat," — und in den Motiven hiezu (10) wird gesagt: „Ebenso ist der (Pfandrechtstitel) ad e. auf den Fall beschränkt, wenn das Legat nicht sogleich gefordert werden kann. Denn kann der Legatar es auf der Stelle fordern, so ist es seine Sache, ob er von diesem Rechte Gebrauch machen, oder borgen will." Halten wir nun hiezu die Worte des Gesetzes: „derjenige, welcher aus einer Erbschaft ein Vermächtniß anzusprechen hat, dessen Ausbezahlung

---

(7) Wenn z. B. der Erblasser sagte: „dem C vermache ich 100 fl., welche ihm 2 Jahre nach meinem Tode ausgezahlt werden sollen."

(8) Wenn der Erblasser z. B. so legirt hat: „Dem C vermache ich 100 fl. auf den Fall, daß mein Erbe den ihm von mir hinterlassenen Prozeß gewinnt." Hier ist das Recht des C im Schweben, bis dieser Prozeß entschieden ist.

(9) ll. 15. e.

(10) Verhandl. in der Kammer ꝛc. Drittes außerordent. Beilagenheft, 1ste Abth. S. 134.

nicht sogleich nach dem Erbschaftsantritt begehrt werden kann" 2c., so scheint es allerdings, als ob nur demjenigen der Pfandrechtstitel sogleich nach dem Erbschaftsantritte gegeben sey, für welchen durch diesen Antritt zugleich das Recht auf ein Legat entsteht, ohne daß dessen Entrichtung sogleich gefordert werden kann, so daß der Legatar, dessen Recht selbst noch ungewiß ist, die Bestellung eines Pfandrechtes nicht gesetzlich fordern kann. Diese Erklärung wird auch durch die Worte: „wer ein Vermächtniß anzusprechen hat," unterstüzt, denn so lange ein Anspruch ungewiß ist, kann er auch nicht als vorhanden angesehen werden. Zwar kann vertragmäßig allerdings auch für einen noch ungewissen Anspruch auf ein Vermächtniß ein Pfand bestellt werden, allein es handelt sich hier nicht davon, was der Erbe vertragmäßig thun könne, sondern was er zu thun gesetzlich verbunden sey.

Demnach werden folgende Sätze als richtig anzunehmen seyn:

a) Der gesetzliche Pfandrechtstitel für Vermächtnisse kann erst nach geschehener Erbschaftsantretung geltend gemacht werden, und zwar

b) nur für diejenigen, auf welche zu dieser Zeit ein wirkliches Recht schon erworben und deren Entrichtung nur in eine spätere Zeit hinausgesezt ist.

c) Der Pfandrechtstitel ist dagegen den Legatarien nicht gegeben, welche zur Zeit der Erbschaftsantretung ein wirkliches Recht noch nicht erworben haben. Tritt der wirkliche Erwerb später ein, ohne daß alsdann die Entrichtung zugleich gefordert werden kann, so versteht es sich, daß sie nun auch den Pfandrechtstitel erhalten.

Von der Erwerbung eines wirklichen Rechtes auf ein Legat nach angetretener Erbschaft gelten aber diese Regeln:

a) Wenn ein Vermächtniß ohne Bedingung oder Zeitbestimmung gegeben ist, so wird das Recht darauf sogleich erworben (11).

b) Ist dem Vermächtnisse die Bestimmung einer gewissen Zeit, eines Erfolges, der zukünftig gewiß statt finden wird, angehängt, so wird das Recht darauf ebenfalls sogleich erworben; — und hievon findet eine Ausnahme nur dann statt, wenn das in dem gegebenen Vermächtnisse enthaltene Recht so rein persönlich ist, daß es, wenn der Legatar vor dem Eintritte der bestimmten Zeit stärbe, nicht auf seine Erben übergehen könnte (nicht transmissibel wäre.)

c) In diesem Falle, so wie wenn das Vermächtniß unter einer Bedingung oder unter Anhängung einer ungewissen Zeitbestimmung gegeben wurde, entsteht das Recht des Bedachten in der Regel erst mit dem Eintreten der Zeitbestimmung oder der Erfüllung der Bedingung (12).

Diese Regeln werden durch l. 9. §. 2. D. qui pot. (20. 4.) nicht beschränkt, weil in diesem Gesetze von einer vertragmäßigen Pfandbestellung die Rede ist.

Die Anwendung der bisherigen Sätze ergiebt sich nun leicht dahin:

a) Der Pfandrechtstitel kann nach angetretener Erbschaft geltend gemacht werden, wenn unbedingt, jedoch so, daß das Vermächtniß nicht sogleich gefordert werden kann, oder bei transmissibeln Vermächtnissen auch, wenn unter Bestimmung einer gewiß eintretenden Zeit legirt ist.

b) Ist dagegen eine zwar gewisse Zeit bestimmt, aber das Vermächtniß nicht transmissibel, oder ist unter einer

---

(11) l. 5. §. 1. D. quando dies leg. (36. 2.)

(12) l. 5. §. 2. 3. 4. 5. l. 21. §. 1. D. eod. l. 75. D. de cond. et demonstr. (35. 1.)

Bedingung oder ungewissen Zeitbestimmung vermacht, so kann vor deren Eintritt der Pfandrechtstitel nicht geltend gemacht werden.

3) Gegenstand des Pfandrechtstirels. Das gesetzliche Pfandrecht der Legatare ruhte auf dem von dem Erblasser hinterlassenen Vermögen (13). Hatte der Erbe die zu diesem Vermögen gehörigen Stücke betrüglich veräußert, so konnte man ihn als fingirten Besitzer belangen (14).

Auch der gesetzliche Pfandrechtstitel kann nur auf das Erbschaftsvermögen geltend gemacht werden, der Legatar kann nur verlangen, daß ihm zu seiner Sicherheit auf die Erbschaftsgüter ein Pfand bestellt werde. Wollte hingegen der Erbe das Pfand auf seine eigenen Güter bestellen, so würde der Legatar, wenn er nicht ein besonderes Interesse an einer Pfandbestellung auf die Erbschaftsgüter nachzuweisen, oder wenigstens zu bescheinigen vermöchte, nichts dagegen einwenden können.

Wie nun aber, wenn ein Legatar es einige Zeit versäumt hat, die Pfandbestellung zu fordern, und der Erbe die ihm hinterlassenen Güter indessen veräußert hat? Kann jener nun verlangen, daß dieser ihm auf sein eigenes unbewegliche Vermögen, wenn er solches besizt, ein Pfand bestelle? Es wird nach den angeführten Gesetzen darauf ankommen, ob die Veräußerung in böslicher Absicht geschehen ist, oder nicht. Im ersten Falle kann der Erbe der Verbindlichkeit, auf sein eigenes Vermögen ein Pfand zu bestellen, wohl nicht ausweichen, im andern Falle, wenn keine betrügliche Absicht oder derselben gleichkommende grobe

---

(13) l. 1. in fin. C. commun. de legat. (6. 34.)

(14) l. 36. D. de R. V. (6. 1.) l. 16. §. 3. D. de pign. (20. 1.)

Verschuldung vorhanden ist, wird der Erbe keine solche Verbindlichkeit, und der Legatar sich seine Versäumniß selbst zuzuschreiben haben.

Hiebei ist zu bemerken, daß ein Betrug nur in wenigen Fällen wird vorgenommen werden können. Denn wenn der Erbe, der auf seinem Erbgute ruhenden Vermächtnisse bewußt, dasselbe veräußerte, so kann daraus auf eine betrügliche Absicht nicht geschlossen werden, weil er ja die Absicht haben konnte, den Legatar seiner Zeit aus eigenem Vermögen zu befriedigen. Nur wenn er kein eigenes Vermögen besizt, noch zu hoffen hat, oder wenn er eine bestimmte, zu entrichtende Sache veräußerte, kann von einem Betruge die Rede seyn.

4) Verpflichtete Personen. Sind nur gewisse einzelne Erben mit einem Vermächtnisse beschwert, so ruht die Pfandlast oder jezt der Pfandrechtstitel auf deren Erbtheil ausschließlich (15), außerdem aber ruht er auf den Erbtheilen aller Erben und es entsteht nun die Frage, ob das Pfandrecht oder jezt der Pfandrechtstitel gegen jeden einzelnen Erben auf das Ganze (in solidum) oder gegen Jeden nur nach dem Verhältnisse seines Antheiles geltend gemacht werden könne. Die leztere Ansicht ist allgemein und wird nur von Wenigen bestritten (16), jedoch wohl mit Recht. Denn wenn gleich die persönliche Verbindlichkeit der Erben gegen den Legatar sich nach dem Verhältnisse ihrer Antheile an der Erbschaft richtet, so ist es doch etwas anderes mit den pfandrechtlichen Ansprüchen, welche auf dem ganzen Erbe ruhen. Es ist kein Grund vorhanden, diesen allgemeinen Satz

---

(15) l. 44. D. de legat. II. (31.)

(16) Glück XX. 2. S. 176. Gegen ihn wieder Löhr a. a. O. S. 213.

zu beschränken, denn es handelt sich nicht von einem Pfandrechte, das Mehrere nach dem Verhältnisse ihrer Gesellschaftsantheile bestellen, nicht von der theilweisen Verpfändung eines Mehreren pro indiviso gemeinschaftlichen Eigenthumes. Auch ist der Grundsatz, daß die Natur des Pfandrechtes eine Theilung nicht zulasse, nicht leicht zu beseitigen und das Haften einzelner Theile für das Ganze der Analogie von l. 1. 2. C. si unus ex plur. hered. (8. 32.) l. 1. C. de luitione pign. (8. 31.) vollkommen angemessen. Dagegen sind auch nicht die Worte in l. 1. C. comm. de leg. (6. 43.) „In omnibus autem hujusmodi casibus in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit.“ Denn es wird damit nichts gesagt, als daß die Pfandklage gegen den Einzelnen nicht über sein Erbtheil hinaus solle angestellt werden, wie gleich darauf die Schlußworte:

> et hypothecam esse non ipsius heredis vel alterius personae, quae gravata est fideicommisso, rerum, sed tantum earum, quae a testatore ad eam pervenerint.

erklären.

So viel von dem gesetzlichen Pfandrechte, ein Anderes aber ist es mit dem Pfandrechtstitel. In der Regel wird dieser bei der Theilung geltend gemacht, und die Theilungsbehörde hat für Ausscheidung der zu verpfändenden Gegenstände zu sorgen. Ist diß aber nicht geschehen und auch sonst keine vertragmäßige Bestimmung getroffen worden, so wird der Pfandrechtstitel gegen die einzelnen Erben nur nach Maßgabe ihrer Antheile geltend gemacht werden können, denn das Verhältniß ist nun ein ganz anderes, als es bisher war. Bisher entstand das Pfandrecht von selbst mit dem Rechte auf das

Legat, jezt aber muß es erst bestellt werden und der Rechtsgrund, diese Bestellung zu verlangen, liegt ursprünglich nur in der persönlichen Verbindlichkeit der Erben gegen den Legatar, und da diese sich nur nach dem Verhältnisse der Erbtheile zu einander richtet, so kann auch der Pfandrechtstitel nur nach diesem Verhältnisse gegen sie geltend gemacht werden.

Art. 39.

„Deßgleichen steht den Erbschaftsgläubigern ein gesetzlicher Pfandrechtstitel auf das zur Erbschaftsmasse gehörige Vermögen zu.

Die Bewirkung der Unterpfandsbestellung, oder der einstweiligen speciellen Vormerkung, liegt der Theilungsbehörde von Amts wegen ob, insoweit nicht für die alsbaldige baare Befriedigung der Erbschaftsgläubiger gesorgt werden kann, oder von denselben nicht sogleich, mit gänzlicher Entlassung ihres bisherigen Schuldners, einzelne Erben oder Erbschaftsschuldner als ihre Schuldner angenommen werden.

Art. 40.

Ist der Vorschrift des vorstehenden Artikels keine Genüge geschehen, so erstreckt sich das außerordentliche Absonderungsrecht des Gläubigers auf alle diejenigen Erbschaftsstücke, deren Absonderung der Gläubiger innerhalb drei Jahre nach dem Antritte der Erbschaft gerichtlich verlangt hat; vorausgesezt, daß diese Gegenstände alsdann noch bei dem Erben vorhanden seyen, und unbeschadet der bis zu geschehener Vormerkung des Anspruchs im Unterpfandsbuche, gesetzmäßig bestellten oder vorgemerkten Unterpfänder.

Art. 41.

Die vorstehenden Bestimmungen finden auch im Falle einer elterlichen Vermögensübergabe rücksichtlich der auf der Uebergabsmasse haftenden Schulden, so wie in Ansehung der auf den überlebenden Gatten übergehenden Schulden des zuvor verstorbenen Gatten ihre Anwendung, wenn jener in dem Genusse und in der Verwaltung des gesammten Vermögens verbleibt."

---

1) Der Lehre von den Erbschaftsschulden liegen die zwei Sätze zu Grunde, daß der Erbe nur auf den Erwerb desjenigen erbschaftlichen Vermögens Anspruch machen kann, welches nach Abzug der Erbschaftsschulden übrig bleibt, und daß in der Regel Niemand gezwungen werden kann, für seinen bisherigen Schuldner einen andern anzunehmen. Bei jeder Erbtheilung sind daher im Zweifel auch die Erbschaftsschulden sogleich zu bezahlen. — Wenn diß nicht geschah, so hatten die Erbschaftsgläubiger bis jezt ein außerordentliches Absonderungsrecht auf die in den Händen des Erben befindlichen (1) Erbschaftsstücke, welches nach dem römischen Rechte fünf Jahre, von dem Erbschaftsantritte an gerechnet, dauerte, nach würtembergischen Gesetzen aber gar keiner Verjährung unterworfen war (2).

Dieses außerordentliche Absonderungsrecht war einestheils sehr hart und wirkte zerstörend auf andere Rechtsverhältnisse, indem es selbst dann mit Vorzug geltend gemacht werden konnte, wenn ein Erbschaftsstück bereits an einen

---

(1) Gmelin Ordn. der Glr. S. 170.

(2) l. 1. §. 1. 13. D. de separation. (42. 6.) Kommunordn. S. 57. §. 11. Hochstetter Gen. Resc. I. 70.

Dritten verpfändet war (3), anderntheils gab es den Erbschaftsgläubigern nicht einmal hinlängliche Sicherheit, indem es nicht mehr ausgeübt werden konnte, wenn die Erbgüter in andere Hände gekommen, oder mit dem Vermögen des Erben vermischt worden waren (4).

Die Rücksicht hierauf bestimmte wohl die Regierung schon bei Verfassung des Entwurfes den Erbschaftsgläubigern einen, von den Theilungsbehörden von Amts wegen geltend zu machenden Pfandrechtstitel einzuräumen und auf der andern Seite auszusprechen, daß ein nach vollzogener Theilung von dem Erben auf ein Erbschaftsstück bestelltes Unterpfand vermöge des außerordentlichen Absonderungsrechtes der Erbschaftsgläubiger nicht mehr solle angefochten werden können.

Der Ausschuß hielt diesen Pfandrechtstitel für überflüssig und das außerordentliche Absonderungsrecht als ein geheimes Pfandrecht für unzulässig (5), wogegen die Kommission beide Rechte, jedoch das leztere mit Beschränkung auf die Dauer von drei Jahren beibehalten zu müssen glaubte, indem die wirkliche Befriedigung der Erbschaftsgläubiger bei einer Theilung oft nicht möglich, die Sicherstellung derselben aber beinahe die einzige Bedingung sey, unter welcher Personalcredit erhalten werden könne (6). Ihre hierauf gegründeten Anträge wurden sowohl von der Mehrheit der Kammer, als in der Hauptsache von der Regierung angenommen (7).

2) Die

(3) l. 1. §. 3. D. cit.
(4) l. 1. §. 12. eod.
(5) Ausschußbericht zu II. 15. am Ende.
(6) Antr. der Kommission XV. Bericht §. 15.
(7) Verhandl. Heft IX. S. 754. Hauptantr. XIII. K. Rescr. hierauf.

2) Die Bestimmungen des Gesetzes sind nun einfach diese:

a) Wenn eine Erbtheilung, oder eine Vermögensübergabe von den Eltern an die Kinder vorgenommen wird, oder ein überlebender Ehegatte in der Verwaltung und dem Genusse des ganzen Vermögens bleibt, so muß vor allen Dingen untersucht werden, ob das auf die eine oder andere Weise übergehende Vermögen mit Schulden behaftet ist. Hat die bei einem solchen Geschäfte amtlich thätige Behörde den Verdacht, daß unbekannte Schulden vorhanden seyen, so kann es ihre Pflicht fordern, daß sie einen Aufruf an alle etwaige Gläubiger erläßt (8).

b) Ist auf diese Weise der Schuldenbetrag ausgemittelt, so sollen alle Gläubiger darüber zur Erklärung aufgefordert werden, ob sie die Erben statt des Erblassers,

---

(8) Die Kommission und mit ihr die Kammer hatten darauf angetragen, daß diß unter solcher Voraussetzung immer geschehen solle. Die öffentlichen Aufrufe würden aber auf diese Weise gar zu häufig werden und eine sehr große Vermehrung derselben ist auch jezt noch zu befürchten, so daß es am Ende für jeden Kapitalisten zur eigentlichen Arbeit wird, die Zeitungen zu lesen. Sie sollten daher nur dann geschehen, wenn es die Umstände dringend zu fordern scheinen. Auch wird ein Präjudiz nicht wohl, oder wenigstens höchstens dahin angedroht werden können, daß nach abgelaufenem Meldungstermine die Theilung ohne Rücksicht auf die unbekannt gebliebenen Gläubiger werde beendigt werden. Wollte man den Verlust des Absonderungsrechtes in das Präjudiz aufnehmen, so würde eine Maßregel, welche den Kredit heben, und eine Wohlthat für die Gläubiger seyn soll, denselben bisweilen zum größten Schaden gereichen und es würde dieses gesetzliche Rechtsmittel durch die Aussprüche der Beamtungen und Waisengerichte faktisch ganz aufgehoben werden. Diß kann aber nicht in dem Sinne des Gesetzgebers liegen.

die Kinder statt der Eltern, als Schuldner annehmen wollen. Bejahen sie diß, so findet eine Verweisung der Forderungen nach den gewöhnlichen Theilungsregeln Statt, verneinen sie es, so müssen sie wo möglich bei der Theilung, oder Uebergabe befriedigt werden.

c) Wenn aber diese Befriedigung der Erbschaftsgläubiger wegen besonderer Verhältnisse nicht sogleich erfolgen kann, so haben sie ein Recht auf Sicherung durch Unterpfänder. Zu diesem Behufe sind so viele Erbschaftsgüter auszuscheiden, daß ihr Werth die Summe der Erbschaftsschulden um die Hälfte übersteigt und es ist darauf ein Unterpfand für die Summe dieser Forderungen zu bestellen und wo eine augenblickliche Bestellung nicht angeht, vorzumerken. Dieses zu bewirken, liegt der bei dem vorkommenden Geschäfte thätigen Behörde von Amts wegen ob.

d) Haben die Gläubiger weder den Nachfolger des Schuldners zu ihrem Schuldner angenommen, noch auch ihre Befriedigung, oder wenigstens ein Unterpfand erhalten, so steht ihnen das außerordentliche Absonderungsrecht während dreier Jahre, von dem Antritte der Erbschaft, oder der Uebergabe des Vermögens an gerechnet, zu, jedoch unter folgenden Bedingungen:

aa) Die Sache, auf welche das Absonderungsrecht geltend gemacht wird, muß in den Händen des Erben und bei einer Vermögensübergabe in dem Eigenthume der Personen seyn, an welche dieselbe geschehen ist.

bb) Sind in der Zwischenzeit Unterpfänder auf die Erbschaftsgüter bestellt worden, so kann zwar das Absonderungsrecht immer noch ausgeübt werden, es darf aber nicht zum Nachtheile der Unterpfandsgläubiger gereichen und nur wenn nach deren Befriedigung noch ein Werth übrig bleibt, kann es auf diesen mit Erfolg geltend ge-

macht werden. Diesen Nachtheil kann aber der Erbschaftsgläubiger vermeiden, wenn er, ohne gerade Unterpfandsbestellung zu bewirken, seinen Anspruch auf Absonderung eines bestimmten Gutes vormerken läßt.

cc) Dieses Absonderungsrecht geht nicht nur mit dem Verflusse der drei Jahre, sondern auch dann verloren, wenn der Gläubiger den Erben nachher als Schuldner annimmt, was auch stillschweigend geschehen kann, indem er z. B. denselben unter eigenem Namen die Zinsen an sich entrichten, oder sich von ihm nach den gewöhnlichen Regeln ein Unterpfand bestellen läßt (9).

dd) Wenn die Erbschaftsgläubiger einmal das außerordentliche Absonderungsrecht geltend gemacht haben, und es reichen nun auch die Erbschaftsgüter zu ihrer völligen Befriedigung nicht hin, so können sie doch nachher keinen Anspruch mehr an die Erben machen, es wäre denn, daß der Erbe nachher noch etwas zu der nämlichen Erbschaft Gehöriges erwärbe. Auch wird aus hinreichenden Gründen Restitution ertheilt (10).

„Der Baugläubiger.

Art. 42.

(5) Baumeister, Bauunternehmer, und überhaupt diejenigen, welchen eine Forderung für geleistete Arbeit, oder gelieferte Materialien zu Errichtung, Wiederherstellung, oder Ausbesserung eines Gebäudes oder baulichen Werkes zusteht, sind eine Unterpfandsbestellung auf dieses Gebäude oder Werk zu verlangen berechtigt."

---

(9) l. 1. §. 1c. 15. D. h. t. (42. 6.)
(10) l. 1. §. 17. l. 5. pr. D. h. t.

1) Die römischen Gesetze geben dem Gläubiger, welcher Geld zu Wiederherstellung eines Gebäudes an dessen Eigenthümer geliehen hat, ein gesetzliches Unterpfand (1), und dehnen dasselbe auch auf den Fall aus, wenn das Geld dem Bauunternehmer auf Auftrag des Schuldners gegeben worden ist. Ob die Verwendung bewiesen werden müsse und ob das gesetzliche Pfandrecht auch auf die Anschaffung von Materialien auszudehnen sey, ist bestritten (2), während nicht bezweifelt werden kann, daß derjenige, welcher zu Erbauung eines neuen Hauses oder Anschaffung einer andern beweglichen oder unbeweglichen Sache Geld herleiht, nur dann eines Pfandrechtes und zwar eines privilegirten theilhaftig wird, wenn er sich dasselbe ausdrücklich bestellen läßt (3).

2) Die bisherigen würtembergischen Gesetze sind hievon theilweise abgewichen. Nach ihnen hat der Gläubiger, welcher zu Erbauung eines Hauses oder zur Ausbesserung eines Hauses Geld oder Materialien geliehen hat, ein gesetzliches Pfandrecht. Ein Anlehen zu nothwendigem Bau oder Unterhaltung eines Hauses oder Gutes begründet, wenn die Bestellung eines Pfandes darauf geschehen ist, ein privilegirtes Pfandrecht (4).

---

(1) l. 25. D. de reb. cred. (12. 1.) l. 1. D. de cess. bon. (42. 3.) l. 24. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5.) l. 1. D. in quib. caus. pign. (20. 2.)

(2) Vergl. Pufendorf obs. II. 170. S. 541. Gesterding Pfandrecht S. 103. Thibaut Pand. §. 642. Dabelow S. 202. Litteratur bei Glück XIX. §. 1087. not. 67. 69.

(3) l. 7. C. qui pot. in pignore (8. 18.) Nov. 97. c. 3. Hoffacker prine. §. 1178. Thibaut §. 642. Westphal §. 99. Reinhard die Lehre vom Gant S. 161. Glück a. a. O. S. 46.

(4) Landr. I. 75. §. „volgends sollen" S. 210. II. 8. §. 2. S. 261. G. Rescr. vom 6. Jun. 1741. (bei Gerstlacher I. S. 59.)

3) Alle diese Sätze mit den daraus entstandenen Streitfragen sind nun durch unser Gesetz aufgehoben und aus dem gesetzlichen Pfandrechte ist ein Pfandrechtstitel geworden, welcher jedoch jenem nicht gleichgesezt werden darf, da er zum Theile ausgedehnt, zum Theile eingeschränkt worden ist. — Wer nämlich zu dem Bau oder der Ausbesserung eines Hauses Geld leiht, hat keinen gesetzlichen Pfandrechtstitel. Es wurde zwar von einigen Ständemitgliedern ein Antrag darauf gestellt, den Pfandrechtstitel auch hierauf auszudehnen, weil ohne eine solche Begünstigung nur selten Geld zu Bauunternehmungen würde hergeliehen werden, allein es wurde von andern mit Recht dagegen bemerkt, daß der Darleiher hinlänglich für seine Sicherheit sorgen könne, indem er das Geld nur unter der Bedingung hergebe, daß ihm ein Unterpfandsrecht auf das zu erbauende Haus in das Unterpfandsbuch eingetragen werde (5). — Eine weitere Beschränkung liegt darinne, daß ein Pfandrechtstitel bloß für Verwendungen auf Gebäude gegeben wird und Anlehen zu Verbesserung von Feldern ꝛc. davon ausgeschlossen sind. Dagegen hat der gesetzliche Pfandrechtstitel eine Ausdehnung über das bisherige Pfandrecht dadurch erhalten, daß er sich nicht nur auf die Verwendungen auf eigentliche Häuser, sondern auch auf bauliche Werke überhaupt und ferner auf geleistete Dienste erstreckt.

4) Der gesetzliche Pfandrechtstitel steht nun folgenden Personen zu:

Die Ansichten der Rechtsgelehrten weichen indeß in der Auslegung dieser Gesetze zum Theile von einander ab. Vergl. Reinhard S. 227. Weishaar, Handb. I. §. 545. 576. Bolley Betrachtungen über versch. Rechtsmaterien S. 72. Gmelin O. der Gl. S. 381. 532 — 34.

(5) Verhandl. Heft. IX. S. 755.

a) Dem Baumeister, welcher den Riß verfertigt, oder, ohne selbst Hand anzulegen, die Arbeiten im Allgemeinen leitet.

b) Dem Bauunternehmer, welcher von dem Bauherrn die Errichtung oder Ausbesserung eines Hauses oder baulichen Werkes überhaupt gegen eine gewisse Summe übernimmt.

c) Den Arbeitern selbst, welche bei dem Baue Hand anlegen. Indessen können nur diejenigen gemeint seyn, deren Dienste von dem Bauherrn gemiethet worden sind, denn wenn der Werkmeister oder Maurermeister, welcher die Fertigung einer Arbeit übernommen hat, auf seine Rechnung eine gewisse Anzahl von Gesellen oder Handlangern daran arbeiten läßt, so stehen diese in keinem Rechtsverhältnisse mit dem Bauherrn, er wird nicht ihr Schuldner, sie können also auch nicht die Bestellung eines Unterpfandes von ihm verlangen. Ebenso wenig alle diejenigen, welche bei einem Bauwesen thätig sind, das vom Meister gegen eine Gesammtsumme auf seine Rechnung übernommen worden ist.

d) Den Personen, welche Materialien, als Holz, Steine, Sand ꝛc. zu dem Bauwesen liefern, jedoch natürlich auch nur dann, wenn sie diß vermöge Vertrags mit dem Bauherrn und nicht vermöge Vertrags mit einem Dritten gethan haben.

5) Ob diese Personen auch, ehe das Gebäude vollendet ist, von dem Bauherrn den Eintrag einer Vormerkung auf dasselbe verlangen können, möchte als zweifelhaft erscheinen. Allerdings stünde diesem Rechte die noch nicht geschehene Vollendung nicht im Wege. Allein ehe sie ihre Arbeit vollendet und damit den mit dem Bauherrn abgeschlossenen Vertrag erfüllt haben, können sie auch keine Forderung gegen denselben geltend machen, und ein solcher

Anspruch wird daher auch in der Regel nicht stattfinden können. Indessen können doch Fälle eintreten, in welchen der Bauherr den Eintrag einer solchen Vormerkung gestatten muß, wenn nämlich ein Handwerker oder Baumaterialienlieferer ꝛc. seine Leistungen beendigt hat, ehe das ganze Gebäude fertig ist, oder wenn bei dem Vertrage des Bauherrn mit diesem oder jenem Arbeiter bedungen worden ist, daß dieser in gewissen Terminen ganz oder theilweise vor vollendeter Arbeit Zahlungen erhalten solle. Denn alsdann ist der Anspruch auf die bedungene Zahlung mit dem Terminablaufe vollendet.

6) Beweis der Forderung. Der Gesetzesentwurf hatte den Zusatz enthalten: „zum Behufe der Unterpfandsbestellung genügt der Beweis, welcher von dem Gläubiger über den Betrag seiner Forderung durch Vorlegung seines Schuldbuches und eidliche Bekräftigung desselben geführt wird, unbeschadet jedoch der gegen die einzelnen Anrechnungen von dem Schuldner etwa zu erhebenden Einwendungen.“

Dieser Satz blieb nun zwar auf den Antrag der Stände in dem Gesetze aus, aber nur aus dem Grunde, weil er in die Instruktion gehöre. Seiner Anwendung steht also, da er durch sonstige Gesetze begründet ist, nichts im Wege.

Es ist indeß zu bemerken, daß die Hausbücher der Handwerksleute stets einer genauen Prüfung bedürfen. In der Regel werden bei den Einträgen keine Summen ausgeworfen, sondern der Meister bemerkt nur, mit wie vielen Gesellen ꝛc. er gearbeitet habe. Obwohl diß nicht ganz in der Ordnung ist, so wird doch die Gültigkeit solcher Bücher angenommen werden müssen, indem sonst nur wenige der Hausbücher von Handwerkern einen halben Beweis liefern könnten und dieses Recht also für dieselbe

beinahe dutchgehends verloren gienge. Aber wenn hier die Umstände Nachsicht empfehlen, so ist auf der andern Seite nothwendig, zu verlangen, daß die verschiedenen Arbeiten der Zeitordnung nach und nicht durch einander ohne Zeitfolge notirt und daß keine erheblichen Korrekturen in dem Buche seyen.

„Der eingewiesenen Gläubiger.

Art. 43.

(6) Wenn auf das Gut eines Schuldners die Hülfsvorstreckung erkannt worden, und nicht baare Bezahlung des Kaufschillings erfolgt; so erlangt der Gläubiger hinsichtlich der noch rückständigen Forderungssumme einen gesetzlichen Pfandrechtstitel auf das im Wege der Exekution verkaufte Grundstück.

Art. 44.

Dieser Pfandrechtstitel (Unterpfandsvorbehalt) ist bei jedem obrigkeitlichen Verkaufe mittelst alsbaldiger Eintragung des Unterpfands auf der verkauften Sache unter dem Namen des neuen Erwerbers, von Amts wegen und bei strenger Verantwortlichkeit der Behörde sogleich bei dem Erkenntniß über den Kontrakt in Wirksamkeit zu setzen."

Es bedarf hier keiner weitern Erklärung des Gesetzes. Die Fälle, in welchem der Pfandrechtstitel von Wichtigkeit ist, sind sehr häufig. Man nehme den Fall: A ist dem B 100 fl. schuldig und kann nicht bezahlen und da B. auf Exekution klagt, so wird ein Acker des A an den C gegen Zieler verkauft. B wird auf diese Zieler verwiesen. Damit er nun wegen seiner Forderung an den C sicher gestellt sey, wird ihm nicht nur das Recht gegeben, von diesem

die Bestellung eines Unterpfandes auf den Acker zu verlangen, sondern die bei dem Verkaufe thätige obrigkeitliche Behörde hat für diese Pfandbestellung selbst von Amts wegen zu sorgen.

Damit dieser Pfandrechtstitel entstehe, ist nicht nöthig, daß der Gläubiger schon früher ein Unterpfandsrecht auf das verkaufte Gut gehabt habe.

Die Kommission trug darauf an, diesen Pfandrechtstitel wegzulassen, weil er den Gläubigern wenig Nutzen gewähren würde, und dagegen in der Exekutionsordnung zu bestimmen, daß die Obrigkeit bei jedem von ihr angeordneten Verkaufe ebenso wie es bisher schon habe geschehen sollen und auch meistens geschehen sey, das Eigenthums- oder Unterpfandsrecht sich vorbehalten solle. Dieser Antrag wurde jedoch von der Kammer mit Stimmenmehrheit abgelehnt (1).

Art. 45.

„In dem hievor erwähnten Falle, wie in Fällen des freiwilligen Verkaufs, begründet der, einzig die Sicherstellung der Kontraktsforderung bezweckende Rechtsvorbehalt auf der veräußerten Sache, mag er als Eigenthums- oder als Unterpfaudsvorbehalt bezeichnet seyn, nur einen Pfandrechtstitel, mithin nur in der Folge der Eintragung in das Unterpfandsbuch ein wirkliches Unterpfandsrecht.

Dagegen kann durch einen Vorbehalt ein wahres Eigenthumsrecht alsdann erhalten werden, wenn durch denselben nach der unbezweifelten Absicht der Kontrahenten die Uebertragung des Eigenthums aufgeschoben werden soll, oder wenn die Auflösung des ganzen Vertrags für den

---

(1) Komuiss. Antr. XVI. 2. Bericht §. 16. Verhandl Heft IX, S. 755.

Fall der Nichtbezahlung des Kaufschillings als bedungen erscheint."

Der Entwurf enthielt den Satz, daß ein Eigenthumsvorbehalt zu mehrerer Sicherstellung des angeborgten Kaufschillings für den in dem vorigen Artikel bezeichneten Fall sowohl, als in andern Fällen des freiwilligen Verkaufes nicht zulässig sey. (§. 46.)

Die Kommission glaubte dagegen, daß zwar allerdings in den meisten Fällen die Kontrahenten weit entfernt seyen, durch den Eigenthumsvorbehalt die Uebertragung des Eigenthums auf den Käufer zu bedingen, oder das Stattfinden einer völlig rückwärts wirkenden Auflösung für gewisse Fälle festzusetzen, und daß daher der Eigenthumsvorbehalt in diesen Fällen nur als ein Pfandrechtstitel betrachtet werden könne; — daß dagegen auch die Absicht eines wirklichen Bedingens der Eigenthumsübertragung, oder einer völlig rückwirkenden Auflösung vorhanden seyn könne, in welchem Fall die Verwandlung in die Natur eines bloßen Pfandrechtstitels nicht angehe. — Die Kommission trug daher auf die Bestimmung an, welche, da sie von der Kammer und der Regierung genehmigt wurde, in dem vorliegenden Artikel enthalten ist (1).

Man wird nun im Zweifel annehmen müssen, daß der Eigenthumsvorbehalt nicht eine aufschiebende, sondern eine auflösende Bedingung in sich enthalte, wenn ungeachtet desselben doch das ganze Kaufgeschäft vollzogen

---

(1) Kommissionsber. §. 5. Kommiss. Antr. V. Ziffer VI. A. 2.

wird (2). Ob aber alsdann der Wille der Parthieen auf die völlige Auflösung des ganzen Vertrages geht, oder nicht, wird nach der Beschaffenheit jedes einzelnen Falles zu beurtheilen seyn.

Ist ein gemachter Eigenthumsvorbehalt wirklich als solcher und nicht als Pfandrechtstitel zu betrachten, so bedarf es zwar zu seiner Gültigkeit an sich des Eintrages nicht. Hingegen ist der Eintrag wenigstens zweckmäßig, indem dieser Anspruch nur dadurch gegen die später auf die Sache bestellten Unterpfandsrechte geschüzt werden kann.

„Der Kautionsberechtigten.

Art. 46.

(7) Ist eine Parthei vermöge richterlicher Verfügung Sicherheit durch Unterpfänder zu fordern berechtigt; so erlangt sie dadurch einen gesetzlichen Pfandrechtstitel auf die Immobilien ihres Schuldners."

Es wird hier von einem Pfandrechtstitel gehandelt, welcher durch den Ausspruch der Gerichte entsteht und welcher sich daher ebenfalls theilweise an das bisher geltende Recht anschließt.

1) Bisher geltendes Recht. Nach dem römischen und auch nach unserem Landrechte (1) giebt es ein richterliches Pfand, welches dadurch entsteht, daß der Berechtigte vermöge eines gerichtlichen Dekretes in den Besitz

---

(2) Ueber die verschiedenen Ansichten vergl. Bolley von öffentl. Unterpf. §. 50. 51. Thibaut §. 955. Günther §. 1063. Gensler im civil. Archiv Bd. II. Heft 2. S. 291 — 93.

(1) Theil I. Tit. 13.

eines oder mehrerer Eigenthumsstücke des Andern gesezt wird. Man nennt dieses Pfandrecht entweder pignus praetorium, oder judiciale (in causa judicati captum). Das leztere findet statt, wenn nach beendigtem Rechtsstreit über eine persönliche Verbindlichkeit der Kläger zu Vollstreckung des zu seinem Vortheile ausgefallenen rechtskräftigen Erkenntnisses in eine seinem Gegner gehörende Sache eingewiesen wird, welche Einweisung ihm das Recht giebt, den öffentlichen Verkauf derselben zu veranlassen (2). Das prätorische Pfandrecht entsteht immer (3), so oft ein Berechtigter zu seiner Sicherheit in die Sache eines Andern durch richterliches Dekret eingewiesen wird und die Besitzergreifung geschehen ist (4). Den Entstehungsgrund ausgenommen, ist zwischen beiden Arten von richterlichem Pfandrechte ein geringer Unterschied, indem namentlich das pignus judiciale, wie das p. praetorium nur das interdictum ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est verschafft und keine eigentlichen Besitzrechte begründet (5).

2) Veränderungen durch das neue Gesetz. Es leuchtet in die Augen, daß die Lehre von dem gericht-

---

(2) l. 15. §. 2. D. de re jud. (42. 1.) l. 7. C. quae res pignori (8. 17.) tit. C. si in causa jud. (8. 23.) Donellus Comm. ad h. t. §. 2.

(3) Vergl. l. 26. D. de pign. act. (13. 7.) A. M. ist Thibaut §. 641.

(4) l. 26. cit. §. 1.

(5) Vergl. Donellus Comm. ad tit. C. de praet. pign. (8. 22.) ad tit. C. si in causa judicati (8. 23.) Savigny das Recht des Besitzes S. 220. Zusätze nach der zweiten Ausgabe S. 73. Glück Bd. XVIII. §. 1080. Thibaut a. a. O. Gesterding S. 117.

lichen Pfandrechte durch den vorliegenden Paragraphen, wenn nicht ganz, doch zum Theile verändert wird.

a) Es giebt überhaupt, strenge genommen, gar kein richterliches Unterfandsrecht mehr, sondern nur noch einen richterlichen Unterpfandsrechtstitel, d. h. weder durch den bloßen Ausspruch des Richters, noch durch Einweisung allein entsteht ein Unterpfand, sondern der Ausspruch des Richters kann nur das Recht geben, die wirkliche Bestellung eines Unterpfandes durch den Eintrag desselben zu verlangen.

b) Dagegen wird durch den richterlichen Ausspruch der Rechtstitel auf Unterpfandsbestellung gegeben, ohne daß es zugleich einer Einweisung in die zu verpfändenden Güter bedürfte. Es können hier mancherlei Fälle vorkommen.

Der Richter findet es für nöthig, einer berechtigten Person Sicherheit durch Unterpfänder für einen gewissen Anspruch an einen Andern zu verschaffen und erkennt also darauf, daß dieselbe das Recht haben solle, die Bestellung eines Unterpfandes zu verlangen.

Oder die Parthieen sind im Streite darüber, ob für einen Anspruch ein gesetzlicher Pfandrechtstitel vorliege, oder nicht, es kömmt darüber zu gerichtlicher Verhandlung und der Richter entscheidet für das erstere. Der entferntere Grund des Rechtes auf Unterpfandsbestellung liegt alsdann freilich in dem Gesetze, welches den Pfandrechtstitel giebt, der nähere aber in der Entscheidung des Richters, welcher den gegebenen Fall prüft und erwägt, ob derselbe unter das Gesetz zu stellen, dasselbe also auf ihn anzuwenden sey oder nicht.

Ebenso kann ein Rechtsstreit darüber entstehen, ob der Eigenthümer einer Sache seinem Gläubiger vermöge einer getroffenen Uebereinkunft ein Unterpfand zu bestel-

len verbunden sey, wobei zur Sprache kommen kann, ob eine solche Uebereinkunft überhaupt, oder aber, ob sie auf eine gültige Weise geschehen sey. Entscheidet der Richter für den Gläubiger, so liegt auch hier der nächste Grund des demselben nun zustehenden Rechtes auf Unterpfandsbestellung in dem richterlichen Erkenntnisse.

Damit der Pfandrechtstitel durch den Richter gegeben werde, bedarf es nicht immer eines Erkenntnisses, sondern es kann diß auch, wie das Gesetz sagt, durch einen Bescheid geschehen. Diß wird namentlich dann der Fall seyn, wenn der Richter in dem Laufe eines Processes entscheidet, daß die eine Parthie der andern zu Sicherung ihrer Ansprüche Kaution durch Unterpfandsbestellung zu leisten habe.

c) Ueber die jetzige Anwendung der Immissionen. Es entstehen in dieser Beziehung zwei Hauptfragen: 1. finden neben der vorliegenden Bestimmung des Gesetzes auch noch die wirklichen Immissionen des gemeinen und würtembergischen Rechtes statt? und 2. wenn diß der Fall ist, entspringt aus ihnen, zwar nicht ein Pfandrecht, aber doch ein gesetzlicher Pfandrechtstitel, ohne daß es deßhalb einer besondern, ausdrücklichen Bestimmung bedarf?

Zu 1. die Bejahung der ersten Frage wird nicht wohl einem Zweifel unterliegen können. In der Immission lag bisher nicht nur das stillschweigende Pfandrecht, es lag darinne auch die custodia, durch die immissio ex secundo decreto wegen nicht geleisteter cautio de damno infecto wurde auch ein Verjährungsbesitz begründet, und jedesmal dem Berechtigten die Verfolgung der Sache mit der Pfandklage erspart. Vortheile, welche durch einen von dem Richter gegebenen Pfandrechtstitel, wenn er auch verwirklicht wird, sich nicht ersetzen

lassen. Die Immissionen sind ein ganzes eigenes Rechtsinstitut, welches nicht ganz, sondern nur zum Theile in das Pfandrecht eingreift und darum können sie auch durch das neue Pfandgesetz um so weniger für aufgehoben angesehen werden, als dasselbe hierüber nichts sagt, sondern vielmehr bestimmt, daß die bisherigen allgemeinen und besondern Rechtsgrundsätze nur hinsichtlich dessen aufgehoben seyen, was in dem Gesetze seine Bestimmung erhalten habe. Die wirkliche Einsetzung in den Besitz findet daher auch ferner Statt. Hieran schließt sich nun

zu 2. die bejahende Beantwortung der zweiten Frage. Es wurde durch Immission bisher ein zweifaches Recht gegeben, ein Pfandrecht und der Besitz der Sache. Da nun die Immissionen nicht aufgehoben sind, und also in ihrem ganzen Umfange fortbestehen, so muß der Richter dem Berechtigten auch jezt noch jenes zweifache Recht einräumen. Hievon findet nach dem neuen Gesetze bloß die Abweichung statt, daß der Richter durch seinen bloßen Ausspruch nur einen Pfandrechtstitel, nicht mehr ein Pfandrecht geben kann, und daß das leztere auf den Grund des Titels erst auf die gesetzliche Weise erworben werden muß.

Man könnte hingegen einwenden, daß auf diese Weise ein Faustpfand auf eine unbewegliche Sache entstehe, während nach dem Gesetze nur bewegliche Sachen als Faustpfänder gegeben werden können. — Allein fürs erste sagt das Gesetz nur, daß bloß auf bewegliche, nicht aber auf unbewegliche Sachen vermittelst der Uebergabe und Fertigung einer Urkunde ein Pfand bestellt werden könne, es stellt nur den Grundsatz der Oeffentlichkeit für die Verpfändung unbeweglicher Sachen als wesentliche Bedingung auf, bestimmt aber nirgends, daß der Unterpfandsgläubiger nicht auch in dem Besitze der ihm

verpfändeten unbeweglichen Sache seyn dürfe. Es kann daher nicht bezweifelt werden, daß durch einen besondern Vertrag dem auf eine besondere Sache versicherten Gläubiger nicht auch der Besitz dieser Sache sollte eingeräumt werden, und ebensowenig, daß nicht ein gleichzeitiges Zusammentreffen des Besitzes und Unterpfandsrechtes vermöge besonderer gesetzlicher Bestimmung sollte stattfinden können.

Sodann fehlt auch in diesem Falle immer noch ein wesentlicher Theil des eigentlichen Faustpfandrechtes. Der Faustpfandgläubiger wird bei entstehendem Konkurse vermöge seines Faustpfandrechtes in der zweiten Klasse befriedigt, der immitirte Gläubiger aber, welcher den ihm gegebenen Pfandrechtstitel nicht zum Erwerbe eines Unterpfandes benüzt hat, muß die in seinem Besitze befindliche Sache einwerfen und sich als einfacher Gläubiger behandeln lassen, und hat er auf den Grund des ihm gegebenen Rechtstitels ein Unterpfandsrecht erworben, so erhält er seine Befriedigung in der zweiten Klasse nicht als Besitzer der Sache, sondern vermöge seines Unterpfandsrechtes (6).

„II. Erwerbung des Unterpfands.

Art. 47.

Die Erwerbung des Unterpfands geschieht durch die Eintragung in das Unterpfandsbuch, nach vorgängigem obrigkeitlichem Erkenntnisse über die rechtliche Zulässigkeit der Unterpfandsbestellung. (Vergl. II. Titel.)

Ohne jene Eintragung ist ein Unterpfand nicht vorhan-

---

(6) Vergl. das Prioritätsgesetz Art. 7. und 16.

handen, selbst wenn von der Obrigkeit ein Pfandschein ausgestellt worden seyn sollte.

Art. 48.

Zur Herstellung des Beweises, daß über die Unterpfandsbestellung erkannt worden, genügt es hinsichtlich des formellen Rechtsbestandes des Unterpfands an dem gesetzmäßig vollzogenen Eintrag in dem Unterpfandsbuche. (Vergl. Art. 192. 193.)

Ein Gegenbeweis aus den amtlichen Protokollen oder andern Akten ist in der erwähnten Hinsicht ausgeschlossen."

Diese Regeln über die Erwerbung des Unterpfandes gehen mit Nothwendigkeit aus dem Grundsatze der Oeffentlichkeit hervor. — Es sind zwei Haupthandlungen, durch welche das Daseyn eines Unterpfandes bedingt wird:

1) Das gerichtliche Erkenntniß.

2) Der Eintrag in das Unterpfandsbuch.

Beide Erfordernisse kennt das römische Recht nicht, nach welchem die Oeffentlichkeit einer Schuld- und Pfandverschreibung sich nur auf den besseren Beweis bezieht, sondern sie sind ächt deutschen Ursprunges.

Das Erkennen selbst begreift eine doppelte Thätigkeit des Gerichtes in sich. Es gehört dazu erstens die Untersuchung des vorliegenden Verhältnisses, die Prüfung, ob überhaupt eine Unterpfandsbestellung gesetzlich zuzulassen sey, und sodann der Ausspruch, oder die Einwilligung dazu, daß das Unterpfand als bestellt angesehen werden solle.

Ihrem eigentlichen Wesen nach wäre hiemit die Unterpfandsbestellung vollkommen und beendigt, denn sie ist nun unter der öffentlichen Aufsicht, unter der Mit-

wirkung des Gerichtes geschehen, und die Rechte und Verbindlichkeiten des Pfandgläubigers und Pfandschuldners sind festgestellt.

Allein der Gesetzgeber betrachtet mit Recht eine solche Handlung nicht bloß als ein in sich abgeschlossenes Geschäft, sondern auch in Beziehung auf den allgemeinen Verkehr, und namentlich auf die Sicherheit des Erwerbes dinglicher Rechte. Diese Rücksicht fordert, daß die Unterpfandsbestellung unter einer Form geschehe, vermöge welcher sie zu Kenntniß aller der Personen kommen kann, welche in irgend einer Beziehung ein Interesse daran haben. Darum ist der Eintrag derselben in ein öffentliches Buch nothwendig und das Daseyn des Unterpfandes an diesen Eintrag wesentlich geknüpft. Die weiteren Zwecke des Eintrages, die Erleichterung des Beweises, daß ein Unterpfand wirklich bestellt worden ist, und zu welcher Zeit, sind zwar ebenfalls von großer, aber dennoch hier untergeordneter Wichtigkeit, da sich eine Erreichung derselben auf andere Weise denken läßt.

Was den Beweis der Pfandbestellung betrifft, so hängt derselbe lediglich von dem Eintrage ab. Es ist nicht erforderlich, zu beweisen, daß über die Pfandbestellung erkannt worden sey, wenn nur ein Eintrag darüber so, wie er seyn soll, in dem Unterpfandsbuche vorhanden ist. Dieser begründet eine unwiderlegliche Rechtsvermuthung dafür, daß erkannt worden sey.

Zwar sagt das Gesetz nur, daß ein Gegenbeweis aus den amtlichen Protokollen oder andern Akten ausgeschlossen sey, und man könnte fragen, ob nicht andere Beweismittel für den Gegenbeweis zuzulassen wären. Allein wenn selbst der Beweis aus öffentlichen Urkunden ausgeschlossen ist, welche sonst allgemein vollen Glauben haben, wie sollte ein anderes Beweismittel als

zulässig zu erkennen seyn? Daß die Absicht des Gesetzgebers auch nicht dahin gieng, erhellt aus §. 49 des Entwurfes, wo der fragliche Satz so ausgedrückt ist: „Ein Gegenbeweis aus den amtlichen Protokollen u. s. w. ist in der erwähnten Hinsicht ganz ausgeschlossen.“

„III. Umfang des Unterpfands.

a) In Ansehung der verpfändeten Sache.

Art. 49.

Das Unterpfandsrecht begreift in sich:

1) die Hauptsache mit den etwaigen Zugehörungen (Art. 3. 51.);
2) den Zuwachs der Hauptsache, von Zeit der geschehenen Verpfändung an;
3) die natürlichen Früchte, welche zur Zeit der Erhebung der Schuld- oder Pfandklage, oder der Erkennung des Gants, noch nicht abgesondert sind, so wie diejenigen, welche von diesem Zeitpunkte an erhoben werden;
4) die bürgerlichen Früchte, welche in gedachtem Zeitraume fällig werden.

Art. 50.

Hat inzwischen ein Pächter in Gemäßheit des Pachtvertrags das Pachtgeld vorausbezahlt; so können ihm die Früchte des laufenden Jahres nicht entzogen werden. Wird hierbei der Angriff des verpachteten Gutes vor dem Bezug der Früchte verhängt, so ist der Pächter deßhalb von dem Erlöse des Unterpfands zu entschädigen.

Art. 51.

Ist mit einer unbeweglichen Sache eine Gesammt-

heit von beweglichen Zugehörungen verpfändet (Art. 3.) so unterliegen dem Pfandrechte alle die einzelnen, auch später erworbenen Sachen, welche zur Zeit der Erhebung der Pfandklage jene Eigenschaft haben."

Daß sich jedes Unterpfandsrecht auf die Sache selbst erstreckt, welche verpfändet ist, versteht sich, und es fragt sich daher nur, inwieferne dasselbe auf die Zugehörungen, den Zuwachs und die Früchte zu beziehen sey.

1) Von den Zugehörungen.

Es würde sich nach gemeinem Rechte der Satz rechtfertigen lassen, daß wenn einmal die Hauptsache verpfändet werde, auch sämmtliche zur Zeit der erhobenen Pfandklage dabei begriffenen Zugehörungen derselben unterworfen seyen. Nach unserem Gesetze wird dagegen angenommen werden müssen, daß sich das Pfandrecht auf die Zugehörungen nur dann erstreckt, wenn sie ausdrücklich mit verpfändet sind. Denn es heißt nicht nur in den Ausschußsätzen (1):

„Das Unterpfandrecht erstreckt sich — auf die in dieser Eigenschaft ausdrücklich bezeichneten Zugehörungen an beweglichen Sachen 2c."

und in den Hauptanträgen (2):

„Das Unterpfandrecht erstreckt sich — auf diejenigen beweglichen Dinge, welche als besonders bezeichnete Zugehörung von Immobilien mit verpfändet wurden"

sondern es scheint diß auch den Art. 3 und 51 des Gesetzes angemessen zu seyn.

---

(1) II. 1. c.
(2) Kommissionsantr. IX. 1. Hauptantr. VI. 1.

Die Zugehörungseigenschaft entsteht nun entweder durch die Natur der Sache, wonach die Bäume und Früchte zu den Grundstücken (3), und Alles, was Erd-, Band-, Wand-, Mauer-, Nied- und Nagelfest ist, zu den Häusern gehört (4), oder durch den zur Ausführung gebrachten Willen des Eigenthümers (5), oder endlich durch eine an und für sich schon gültige Disposition (6). Sie entsteht dagegen nicht durch den gleichzeitigen Besitz allein, oder eine an sich nicht allgemein gültige, noch nicht ausgeführte Bestimmung über eine bewegliche Sache (7).

Wenn die Pfandklage erhoben wird, so fragt es sich nun, inwiefern die frühere Mitverpfändung der Pertinenzien von Wirksamkeit ist, eine Frage, welche man mit einigem Unterschiede wird beantworten müssen:

a) Bei der Unterpfandsbestellung auf die Hauptsache wurden zugleich unbewegliche Zugehörungen derselben mit verpfändet, was z. B. der Fall seyn kann, wenn mit der Hauptsache dingliche Rechte verbunden sind, oder wenn zu einem geschlossenen und unzertrennlichen

---

(3) l. 5. §. 2. D. de requir. vel abs. damn. (48. 17.) l. 44. D. de R. V. (6. 1.) l. fin. §. 6. D. qu. in fraud. cred. (42. 8.) l. 11. D. de instructo vel instrum. leg. (33. 7.) l. 61. §. 8. D. de furt. (47. 2.) l. 17. §. 1. 3. 6. 8. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 30. §. 1. D. de acquir. rer. dom. (41. 1.)

(4) Runde §. 256.

(5) Wenn z. B. eine Sache auf ein Gut gebracht worden ist, um daselbst zum beständigen Gebrauche zu dienen. l. 17. D. §. 2. 7. (19. 1.) l. 32. D. de pign. (20. 1.)

(6) Z. B. durch den lezten Willen eines Erblassers, welcher wenigstens für die Erben bindende Kraft hat. l. 35. §. 3. D. de hered. inst. (28. 5.)

(7) l. 17. D. cit. §. 10. 11.

Hofgute ein in dem Gutsverbande nicht liegender Acker gehört. — Diese gleichzeitige Pfandbestellung auf die unbeweglichen Zugehörungen (sey es eine, oder mehrere) muß in dem Unterpfandsbuche speciell bemerkt, dieselben können nicht ohne die Pfandlast veräußert, und sie können daher mit der Pfandklage auch gegen den dritten Besitzer verfolgt werden (8).

b) Die mit verpfändeten Zugehörungen sind beweglich, und die gleichzeitige Verpfändung gieng

aa) nur auf einzelne und bestimmte Zugehörungen, so haften diese dem Pfandgläubiger so lange, als sie mit der Hauptsache verbunden sind. Nach geschehener Veräußerung aber können sie gegen den dritten Besitzer nicht von ihm verfolgt werden, da bei der Veräußerung beweglicher Sachen keine Aufsicht der Behörden möglich ist, durch eine solche Verfolgung der Erwerb beweglicher Sachen höchst unsicher gemacht würde und das Gesetz daher dem Gläubiger ein solches Recht überall nur in Beziehung auf die ihm verpfändeten unbeweglichen Sachen einräumt. Eben so wenig kann sich der Gläubiger in dem gegebenen Falle an andere Zugehörungen halten, welche zur Zeit der Pfandklage sich bei der Hauptsache befinden, weil diese ihm nicht verpfändet worden sind, und nicht von ihnen angenommen wird, daß sie in die Stelle der veräußerten treten (9). Anders verhält sich dieses, wenn

bb) bei Verpfändung der Hauptsache die Gesammt-

---

(8) Ganz in diesem Sinne ist in dem baier'schen Gesetze §. 36 der Fall entschieden, wenn Sachen, welche früher selbstständig waren, mit einem Hauptgute als Zugehörung vereinigt werden.

(9) In dem baier. Gesetze §. 35 ist diß ausdrücklich gesagt: „Sind bewegliche Zugehörungen veräußert worden, so hat der Hypothekengläubiger gegen den dritten Besitzer derselben keinen Anspruch."

heit ihrer Zugehörungen mit verpfändet, wenn z. B. gesagt und eingetragen worden ist: „das Haus mit allen seinen Zugehörungen.“ Auch in diesem Falle ist dem Gläubiger eine Verfolgung der veräußerten Zugehörungen gegen Dritte nicht gestattet, aber es wird angenommen, daß die später zu der Hauptsache gekommenen auch in die Verpfändung mit eintreten, so daß sich die Pfandklage auf die Hauptsache mit allen Zugehörungen, welche zur Zeit vorhanden sind, erstreckt.

2) Von dem Zuwachse.

Der Zuwachs einer Sache ist entweder ein natürlicher, welcher ohne eine besondere menschliche Thätigkeit, oder ein künstlicher, welcher mehr oder weniger mit Anwendung derselben entsteht.

Nach der Regel: **accessorium sequitur suum principale**, tritt der Zuwachs einer Sache schon vermöge allgemeiner Grundsätze ganz in das Verhältniß der Sache selbst ein, und wenn diese verpfändet ist, so wird auch der ihr nach geschehener Pfandbestellung zukommende Zuwachs von selbst der Pfandbestellung unterworfen.

Bei Häusern ist ein Zuwachs möglich entweder durch bauliche Verbesserungen oder durch äußere Umstände, welche den Werth derselben erhöhen, z. B. Anlegung einer neuen Straße, Brücke u. s. w., oder durch Ertheilung eines Rechtes, welches auf dem Hause ruhen soll, einer Wirthschaftsgerechtigkeit, Apothekegerechtigkeit.

Das Nämliche ist bei Grundstücken der Fall, wenn z. B. bedeutende Kulturverbesserungen vorgenommen werden u. s. w. Besonders aber gehört zu dem Zuwachse die Vergrößerung eines Grundstückes durch das Zurücktreten eines Flusses, oder durch Anschwemmung (10).

---

(10) Ueber das Nähere vergl. Thibaut §. 598.

Wird auf die eine oder auf die andere Weise das verpfändete Gut oder Haus vermöge eines Zuwachses im Werthe auch noch so bedeutend gesteigert, so haftet es dem Pfandgläubiger in seinem ganzen Umfange ebenso, als ob schon bei der Verpfändung der volle nunmehrige Werth vorhanden gewesen wäre.

Als Zuwachs wird es auch angesehen, wenn Jemand eine Sache der Substanz nach verpfändete, deren Genuß ihm zur Zeit der Verpfändung nicht zukam. Erwirbt er denselben später, so erstreckt sich die Pfandbestellung auch darauf (11).

3) Von den Früchten.

Früchte im eigentlichen Sinne des Wortes sind diejenigen Erzeugnisse einer Sache, welche durch deren Naturkraft hervorgebracht werden, mag dieselbe nun durch menschliche Thätigkeit unterstüzt werden, oder nicht. Indessen nennt man auch jedes andere Einkommen aus einer Sache die Früchte derselben, und bezeichnete diese zur Unterscheidung mit dem Namen bürgerliche Früchte, während jene natürliche Früchte genannt werden (12).

---

(11) l. 18. §. 1. D. de pign. act. (13. 7.) „Si nuda proprietas pignori data sit, usufructus, qui postea adcreverit, pignori erit. Eadem est causa alluvionis.“

(12) Vergl. Hoffacker princ. §. 735. sq. Thibaut §. 268. Mackeldey §. 143. Wehning B. I. §. 121. Seuffert Lehrbuch des prakt. Pand. Rechts, Würzburg 1825. §. 65. Dagegen Kapf merkw. Civ. Rechtssprüche S. 375. 376. 377. Die hauptsächlichsten Gesetze sind: a) §. 4. J. de usu et hab. (II. 5.) l. 28. 45. D. de usur. (22. 1.) l. 7. §. 12. D. solut. matr. (24. 3.) l. 121. D. de R. J. (50. 16.) l. 48. pr. D. de acquir. rer. dom. (41. 1.) b) l. 121. D. de R. J. cit. l. 29. D. de hered. pet. (5. 3.) l. 62. D. de R. v. (6. 1.) l. 34. 36. D. de usur. (22. 1.)

a) Von den natürlichen Früchten.

Unser Gesetz bestimmt, daß sich das Unterpfandsrecht auf dieselben erstrecke, wenn sie zur Zeit der Erhebung der Schuld oder Pfandklage, oder der Erkennung des Gantes über den Gläubiger noch nicht abgesondert seyen, oder erst von diesem Zeitpunkte erhoben werden. Diese Bestimmung bezieht sich auf den Unterschied von hängenden, getrennten und bezogenen Früchten. — Sie hängen (pendent) so lange sie mit der hervorbringenden Sache verbunden sind, hört diese Verbindung auf, so sind sie getrennt (separati) und wenn diese Trennung durch den Nutznießer geschieht, bezogen (percepti) (13), oder wie unser Gesetz sagt, erhoben. Es folgt hieraus, daß das Pfandrecht zur Zeit seiner Ausübung nur auf die hängenden Früchte geht.

Zu den natürlichen Früchten unbeweglicher Sachen gehören nun bloß die Erzeugnisse des Feldes, Getraide, Wein, Obst u. s. w. Ob der Ertrag von Reallasten zu den natürlichen Früchten gehöre, wird selbst für den Fall, daß wirklich Früchte gegeben werden und kein Surrogat, mit Unterschied beantwortet werden müssen. Wenn sich nämlich das Recht auf den Ertrag auf ein theilweises Eigenthumsrecht an dem dienenden Gute stüzt, so bringt es den unmittelbaren Anspruch auf das Grundstück und die Früchte, oder einen Theil derselben hervor und der Ertrag wird dadurch für den Berechtigten ein Ertrag natürlicher Früchte, wie diß bei Gülten und Zehenten der Fall seyn kann; beruht aber der Anspruch des Berechtigten nicht auf einem theilweisen Eigenthumsrechte, sondern auf einem besondern Vertrage, oder Herkommen, so wird, obgleich das Grundstück selbst auch alsdann wegen der Abgabe haftet,

---

(13) l. 78. D. de R. V. (6. 1.) l. 13. D. quib. mod. usufr. amitt. (7. 4.) l. 12. §. 5. D. de usufr. (7. 1.) l. 25. §. 1. D. de usur. (22. 1.) l. 48. D. pr. de acquir. rer. domin. (41. 1.) Mackeldey §. 143.

doch nicht von dem Genusse natürlicher, sondern dem Genusse bürgerlicher Früchte die Rede seyn können, und dahin wird in der Regel der Zehente gehören (14). Es folgt hieraus ferner, daß die Abgaben von Lehen, Erbenzinsgütern, der Superficies, soferne sie in Früchten bestehen, stets einen Genuß natürlicher Früchte hervorbringen, weil das Recht des Obereigenthümers unmittelbar auf den Fruchtbezug selbst und nicht erst gegen den Untereigenthümer auf eine Abgabe aus demselben geht (15).

Für den Fall, daß bloß der Fruchtgenuß einer Sache verpfändet wurde, kann es wichtig seyn, die Gränzlinie zwischen der Substanz und dem Ertrage zu finden. In dieser Beziehung bestimmen die Gesetze, daß das Fällen der Bäume eines Waldes, so weit dasselbe forstordnungsmäßig geschieht, dem Nutznießer als solchen gestattet, daß aber eine Ueberschreitung dieser Gränze als Verschlimmerung des Waldes angesehen werde (16).

b) Von den bürgerlichen Früchten.

Zu diesen gehören nicht nur die Einkünfte, welche Jemand vermöge eines Rechtes auf eine Sache, oder dafür hat, daß er den Genuß oder Gebrauch seiner Sache einem Andern überläßt, also Zinsen, Miethgelder, sondern auch dasjenige Einkommen, welches er als Surrogat für den ihm gebührenden Genuß der natürlichen Früchte eines Grundstückes von einem Andern bezieht, welchem er die lezteren überlassen hat, also namentlich auch Pachtgelder. Von diesen bürgerlichen Früchten sagt das Gesetz, daß sich die Pfandklage darauf erstrecke, so weit sie vor Anstel-

---

(14) Dagegen Kapf Samml. merkw. Civilrechtsspr. a. a. O. Vergl. Cap. 7. 14. 21. 26. 28. 32. 34. X. de Decimis. (III. 31.)

(15) Vergl. Eichhorn deutsch. Priv. R. §. 162. 164.

(16) l. 45. D. de usur. (22. 1.) l. 7. §. 12. sol. matr. (24. 3.)

lung derselben, oder vor Erkennung des Konkurses nicht fällig geworden seyen. Es folgt hieraus, daß wenn z. B. ein Miethzins schon vorher fällig, aber erst nachher bezahlt wird, das Pfandrecht sich doch nicht auf denselben bezieht. Diß ist nun zwar dann ohne Bedeutung, wenn der Schuldner sonst keine Gläubiger hat, indem er alsdann schon vermöge seiner persönlichen Verbindlichkeit auch mit Aufopferung seines der Pfandlast nicht unterworfenen Vermögens seinen Gläubiger befriedigen muß. Dagegen ist diese Bestimmung in Konkursen von großer Wichtigkeit, indem dadurch die Masse für diejenigen Gläubiger, welche keine Pfandrechte haben, öfters sehr vermehrt werden kann.

Zu Art. 50.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bestimmungen wurden erst auf den Vorschlag der Kommission und einen darauf gegründeten Antrag der Kammer aufgenommen (17). Hiemit ist die Verordnung in Art. 46. der Exekutionsordnung zusammenzuhalten, daß ein in ein liegendes Gut immitirter Gläubiger durch die Immission zwar das Recht erhalte, aus den Früchten bezahlt zu werden, daß er dagegen die von dem Schuldner vor der Immission redlicherweise abgeschlossenen Pachtungen und Miethen vor geendigter Pachtzeit ohne rechtmäßige Ursache nicht aufkünden könne.

Art. 52.

„Wenn die Sache, worauf der Gläubiger ein Unterpfand erworben hat, durch eine mit oder ohne Verschulden des Eigenthümers entstandene Verschlimmerung der Substanz im Werthe so gemindert ist, daß sie dem Gläubiger

---

(17) Kommiss. Antr. VIII. a. Hauptantr. VI. a. Kommiss. Bericht §. 8.

für seine Forderung nicht mehr hinlängliche (Art. 13.) Sicherheit gewährt; so kann dieser, in Ermangelung einer zu Ergänzung der Sicherheit von dem Schuldner dargebotenen anderweiten Verpfändung, gleichbald Zahlung fordern, wenn auch die Verfallzeit noch nicht eingetreten ist. Doch muß der Gläubiger, wenn die Forderung eine unverzinsliche ist, den Abzug der Zwischenzinsen sich gefallen lassen."

Sowohl der Ausschuß, als die Kommission hatten auf Weglassung dieser schon in dem Entwurf enthaltenen Bestimmung angetragen, und zwar die leztere, weil das Recht des Pfandgläubigers, Ergänzung zu fordern, sich zwar von selbst verstehe, sobald der Schuldner die persönliche Verbindlichkeit habe, dem Gläubiger genügende Sicherheit zu leisten und diese Verbindlichkeit nicht ihrer Natur nach auf ein bestimmtes Objekt beschränkt sey, weil es jedoch mißlich sey, es als einen unbedingten und allgemein gültigen Grundsatz auszusprechen, daß durch die Verminderung der Sicherheit das Recht des Gläubigers begründet werde, vor der Verfallzeit Zahlung zu fordern, und weil zu befürchten sey, die Gläubiger möchten auf den Grund einer solchen Bestimmung die Gerichte und den Schuldner bei jeder Veränderung der Güterpreise mit Anträgen auf Ergänzung ihrer Sicherheit belästigen. Die Kammer nahm den Antrag auf, derselbe wurde aber von der Regierung abgelehnt, weil die gegebene Bestimmung nicht den Fall der Verminderung der Güterpreise, sondern den der Verschlimmerung der Substanz voraussetze (1).

---

(1) Ausschußsätze II. 31. Bericht hiezu. Kommiss. Antr. XIX. 1. Bericht §. 19. Verhandl. Heft X. S. 770. Hauptantr.

Nach dieser Erläuterung kann also bei einer Werthverminderung des Gutes in seiner Substanz, durch welche der Gläubiger an Sicherheit verliert, von diesem entweder Heimbezahlung, oder vermehrte Sicherheit gefordert werden und es kömmt, da die Sprache des Gesetzes ganz allgemein ist, nicht darauf an, ob die Werthverminderung durch die Schuld des Eigenthümers, oder durch zufällige Umstände entstanden ist.

Wie groß die Werthverminderung seyn müsse, damit ein solcher Anspruch des Gläubigers begründet sey, ist zwar nicht ausdrücklich bestimmt, aber auf Art. 13. verwiesen, wo von dem Verhältnisse des Pfandwerthes zum Betrage der Forderung gesprochen wird. Man wird auf den Grund dieser Verweisung sagen müssen, daß der Gläubiger den fraglichen Anspruch machen könne, sobald der Werth eines Gutes so vermindert sey, daß derselbe dem Betrage der Versicherung nicht mehr gleichkomme, welche der Gläubiger entweder vermöge besonderen Vertrages, oder vermöge gesetzlicher Bestimmungen erhalten habe. Wurde daher einem Gläubiger vertragmäßig eine dreifache Sicherheit gegeben, so kann er darauf bestehen, daß ihm diese erhalten werde. Blieb man bei der anderthalbfachen Versicherung stehen, so ist der Anspruch auf Sicherheitserhöhung nur dann begründet, wenn das Gut vermöge seiner Werthverminderung den anderthalbfachen Betrag nicht mehr erreicht und bei Ehefrauen und Kindern ist es das

---

XVII. 1. K. Rescr. hierauf. Aehnliche Vorschriften haben auch das baiersche (§. 18), das französische (Art. 2131.) und das preussische Gesetz §. 23. Das erstere, nicht aber die beiden leztern setzen ein Verschulden des Eigenthümers an der Werthverminderung voraus. Gönner Komm. I. 236. folg. Vergl. auch Zachariä Handb. des franz. Civ. Rechts II. §. 204. S. 92.

nämliche mit der ihnen im Zweifel gesetzlich gebührenden einfachen Versicherung.

Der Anspruch des Gläubigers auf Sicherheitserhöhung ist indessen nicht begründet, wenn sein Recht nur auf Verpfändung eines einzelnen, bestimmten Gegenstandes, sey es nun vermöge Vertrags, oder vermöge des Gesetzes gieng. Das leztere ist namentlich bei Baugläubigern, die nur ein Recht auf Verpfändung des neuen Hauses oder baulichen Werkes, und bei eingewiesenen Gläubigern, welche nur Unterpfandsbestellung auf das um ihrer Befriedigung willen veräußerte Gut ansprechen können, der Fall. Auch bei Legatarien und Erbschaftsgläubigern kann diese Beschränkung auf einen einzigen Gegenstand ihrer Sicherheit eintreten, wenn sonst keine verpfändbare Sache in der Erbschaft enthalten ist (2).

„Umfang des Unterpfandes.

b) in Ansehung der Forderung.

Art. 53—55.

Die Versicherung der in das Unterpfandsbuch eingetragenen Forderung beschränkt sich der Regel nach auf den Betrag der Hauptsumme.

Soll das Unterpfand auch für Zinsen, die vor Anstellung der Schuld- oder Pfandklage entstanden, haften; so muß in dem Unterpfandsbuche ausdrücklich bemerkt seyn, daß die Forderung verzinslich sey. (Art. 49. 113.)

Art. 54.

Ist die Verzinslichkeit der Forderung im Unterpfandsbuche bemerkt; so erstreckt sich gleichwohl das Unter-

---

(2) Vergl. Gönner a. a. O.

pfandsrecht nur auf die Zinsen vom laufenden Jahr und auf den Zinsrückstand von zwei Jahren.

Eine im Voraus getroffene Uebereinkunft, daß das Unterpfandsrecht hinsichtlich künftiger Zinsen auf einen längeren, als den eben erwähnten Zeitraum ausgedehnt seyn soll, ist ungültig.

Dagegen können bereits erwachsene Zinsrückstände, ohne Beschränkung auf ein Zeitmaß, so wie aufgelaufene Verzugszinsen nach besonderer Uebereinkunft des Schuldners und des Gläubigers, mittelst Eintrags in das Unterpfandsbuch für eine bestimmte Summe und auf ein bestimmtes Unterpfand (Art. 10, 11.) gedeckt werden.

Art. 55.

Die durch das Einklagen der Forderung dem Gläubiger verursachten Kosten sind unter der Versicherung nicht begriffen."

Nach dem gemeinen Rechte und der darüber herrschenden Ansicht erstreckt sich das Pfandrecht, wenn es nicht für das Kapital allein eingeräumt worden ist, auch ohne Verabredung auf die Zinsen (1) und den Aufwand, welchen der Gläubiger auf die verpfändete Sache oder zu Verfolgung seines Pfandrechtes hat (2).

Nach unserem Gesetze dagegen soll es sich auf die Zin-

---

(1) l. 8. §. 5. D. de pign. act. (13. 7.) Gesterding S. 37. Wehning B. II. §. 129. Thibaut §. 646. Mackeldey §. 367. Günther princ. §. 660. Indessen dürfte sich diese, allgemeinen Grundsätzen allerdings gemäße, Ansicht mit l. 13. §. 6. D. de pign. (20. 1.) l. 8. 5. de pign. act. und l. 4. C. de usur. (4. 32.) nur durch eine etwas gezwungene Auslegung vereinigen lassen. A. M. ist auch Voet XX. 4. 27.

(2) l. 6. C. de pign. (8. 14.)

sen nur dann erstrecken, wenn die Forderung als verzinslich in das Unterpfandsbuch eingetragen ist. — Indessen bedarf es zu diesem Zwecke nur eines Eintrages darüber, daß die Forderung verzinslich sey, nicht aber der ausdrücklichen Bemerkung im Unterpfandsbuche, daß das Unterpfandsrecht sich auf die Zinsen erstrecken solle.

Es giebt nun aber Forderungen, welche an sich selbst verzinslich sind, ohne daß es einer besondern Uebereinkunft deßhalb bedürfte, namentlich die aus einem Vergehen entstandenen. Erstreckt sich nun bei solchen Forderungen das dafür bestellte Pfandrecht nicht auch in dem Falle auf die Zinsen, wenn über diese in dem Unterpfandsbuche nichts bemerkt ist? Diese Frage ist zu verneinen, denn es kömmt nicht darauf an, ob überhaupt Zinsen aus einem Kapital gegeben werden müssen, sondern darauf, ob über diese Zinsen ein Eintrag in dem Unterpfandsbuche enthalten ist, oder nicht.

Dagegen verdient bemerkt zu werden, daß ein Schuldner Zinsen zu geben verbunden seyn kann, ohne daß über diese Verbindlichkeit ein Eintrag in dem Unterpfandsbuche enthalten wäre. Denn damit, daß das Pfandrecht beschränkt ist, wird es die persönliche Verbindlichkeit nicht auch. Sollten freilich bei einem Anlehen der Pfandschein und der Eintrag in das Unterpfandsbuch die einzigen Beweismittel und darinne keine Zinsversprechen enthalten seyn, so könnten in Ermangelung von Beweisen keine Zinsen gefordert werden.

In Betreff der Kosten des Einklagens hatte der Entwurf die Bestimmung enthalten (3), daß sie unter der Versicherung nur dann begriffen seyn sollen, wenn darüber eine besondere Uebereinkunft getroffen und auf eine bestimmte

mä-

(3) Entwurf §. 56.

mäßige Summe dafür ein Eintrag in das Unterpfandsbuch geschehen sey. — Die Kammer trug dagegen darauf an, rücksichtlich der Kosten nichts zu bestimmen, und mithin den §. 56. wegzulassen. Die Kommission erklärte nämlich, daß sie eine Berührung der Kosten für überflüssig halte, weil im Allgemeinen der Grundsatz bestehe, daß auch für künftige ungewisse Forderungen ein Unterpfand bestellt werden könne, und daß doch nicht zu wünschen sey, daß sich in dieser Beziehung eine stehende Klausel der künftigen Unterpfandsverschreibungen bilde (4).

Die Regierung erwiederte hierauf, daß es zu Abschneidung einer bisher streitigen Frage bei dem ersten Satze, wonach die Einklagekosten nicht in der Versicherung begriffen seyen, sein Verbleiben habe, daß dagegen der Nachsatz als schon im Principe des §. 10. (jezt Art. 11.) begriffen wegfallen könne (5).

Hieraus folgt denn, daß wenn Gläubiger und Schuldner übereinkommen, für die Einklagekosten eine bestimmte Summe unter die Versicherung aufzunehmen, das Gesetz ihnen nicht entgegensteht.

Zu Art. 54.

Die Bestimmungen dieses Artikels fließen mit Nothwendigkeit aus dem Geiste und Zwecke des Pfandgesetzes. Der freie Verkehr soll möglich geschont, und daher nicht nur der Erwerb von Gütern, sondern auch die Bestellung von Nachhypotheken auf dieselbe erleichtert werden. Diß geschieht aber hauptsächlich durch eine Einrichtung, vermöge welcher ersichtlich ist, welche Lasten auf einem unbeweglichen Gute ruhen. Würde nun das, für ein als verzinslich eingetragenes Kapital, bestellte Pfandrecht auf

---

(4) Kommiss. Antr. VIII. 3. Bericht §. 9. Hauptantr. VII. 3.
(5) K. Resc. zu Hauptantr. VII. 3.

alle Zinsen, wenn sie auch noch so lange rückständig wären, sich beziehen, so wäre es unmöglich, durch das Unterpfandsbuch die auf einem Gute haftenden Pfandlasten kennen zu lernen, denn es würde aus denselben nie erhellen, ob und wie viele Zinsen bezahlt worden seyen und ob dieselben nicht vielleicht bereits das Kapital selbst an Höhe erreichen. Daher die Beschränkung des Pfandrechtes auf die Zinsen von dem laufenden und den zwei nächstvorhergegangenen Jahren, welche selbst durch die Verabredung des Gläubigers und Schuldners nicht umgangen werden kann.

Zwar kann nach der weiteren Bestimmung des Gesetzes für eine bestimmte Summe von Zinsen ein Unterpfand gegeben werden, allein es gehört dazu, daß die Zinsen bereits rückständige, nicht laufende und künftige seyen, so daß in dieser Bestimmung für den vorliegenden Fall eine Beschränkung des allgemeinen Grundsatzes liegt, wonach auch für eine künftige unbestimmte Forderung, wenn sie unter eine feste Summe gebracht wird, ein Pfand bestellt werden kann.

Findet ein solcher Eintrag für eine gewisse Summe rückständiger Zinsen Statt, so versteht es sich von selbst, daß dieselbe dennoch nicht als Kapital behandelt, und daß daraus nicht wieder Zinsen gefordert werden können.

Drittes Kapitel.

„Von den Grundlagen der Unterpfandsbücher und von der Oeffentlichkeit des Unterpfandswesens.

I.) Grundlagen der Unterpfandsbücher.

Art. 56.

Die allgemeine Grundlage des Unterpfandsbuchs ist das Güterbuch.

Regel.

Art. 57.

Als Eigenthümer einer unbeweglichen Sache gilt in Beziehung auf Verpfändung, derjenige, welcher als solcher im Güterbuche eingetragen ist.

Entsteht über die Richtigkeit dieses Eintrags irgend ein Zweifel, so kann vor dessen vollständiger Hebung eine Verpfändung nicht vor sich gehen."

Die in den vorliegenden Artikeln enthaltenen Sätze sind sehr klar und bedürfen um so weniger einer weitläufigen Erörterung, als sie schon in der Einleitung theilweise berührt worden sind.

„In Beziehung auf Verpfändung, heißt es in den Motiven zu dem Gesetzesentwurfe (1), muß derjenige als Eigenthümer gelten, welchen die öffentlichen (Güter- oder Kontrakts-) Bücher als solchen benennen. Mag etwa irgend einem Andern in der That das Eigenthum zustehen und solches demselben dereinst ganz zugesprochen werden, es darf der unbekannte Anspruch den Pfandgläubiger nicht beunruhigen und dem erworbenen Pfandrechte keinen Eintrag thun. Jener Dritte aber kann sich hierüber mit Grund nicht beschweren, denn da ihm frei steht und obliegt, der Behörde, welche die öffentlichen Bücher führt,

---

(1) Verhandl. — dritten außerord. Beil. Hefts erste Abtheilung S. 77. Die in diesen Artikeln enthaltenen näheren Bestimmungen sind hauptsächlich aus den Vorschlägen der Kommission und den darnach gestellten Anträgen der Kammer hervorgegangen. Kommiss. Antr. V. Ziffer I—V. VII. Hauptantr. III. Ziffer I—V. VII. Vergl. insbesondere den sehr schönen und geistreichen Vortrag in dem Kommissionsberichte §. 1. II.

und über Verpfändungen erkennt, seine Eigenthumsansprüche mit dem Begehren anzuzeigen, daß darüber ein Eintrag in dieses oder jenes öffentliche Buch geschehe, so hat er, wenn er diß zu thun unterlassen, die Folgen seiner Nachlässigkeit sich lediglich selbst zuzuschreiben."

Der Grundsatz in seiner Allgemeinheit scheint auf den ersten Anblick nicht ohne Härte zu seyn. Allein er scheint es auch nur. Es giebt etwas ganz Aehnliches in dem bürgerlichen Processe, welcher auch eine formelle Wahrheit kennt, indem bisweilen Umstände als vorhanden, oder nicht vorhanden angenommen werden, während die Sache sich in der That ganz anders verhält. Im bürgerlichen Processe kann eine formelle Wahrheit nur vermöge des Willens der Parthieen entstehen, nämlich durch Eideszuschiebung, freiwilliges, oder wegen ihrer eigenen Versäumniß angenommenes Zugeständniß ꝛc. Ebenso ist es in dem vorliegenden Verhältnisse, denn nur dann, wenn der Eigenthümer seine Rechte gehörig zu wahren versäumte, kann zu seinem Nachtheile in Beziehung auf Unterpfandsbestellungen die Annahme entstehen, daß ein Anderer Eigenthümer sey. Er hat sich also diß selbst beizumessen. Jura vigilantibus sunt scripta.

In dem bürgerlichen Processe wirkt die angenommene formelle Wahrheit nur unter den streitenden Parthieen. Ebenso giebt der Eintrag in die öffentlichen Bücher einen Beweis für das Eigenthum des Eingetragenen nur so weit, als dasselbe auf Unterpfandsbestellungen von Einfluß ist, nicht aber auch für andere Rechtsverhältnisse. Wenn also ein Nichteigenthümer als Eigenthümer in das Güterbuch eingetragen ist, und der wahre Eigenthümer tritt klagend gegen ihn auf, so kann dieser ungeachtet des Eintrages in dem Güterbuche seine Ansprüche auf Herausgabe des Gutes durchsetzen. Dieser Eintrag wirkt

nur so viel, daß die auf seinen Grund von dem Nichteigenthümer vorgenommene Unterpfandsbestellung bei Kräften bleibt (2).

„Ausnahmen.

Art. 58.

Wo zur Zeit noch keine Güterbücher bestehen, muß, so lange solche nicht angelegt sind, vor jeder Eintragung eines Unterpfands oder Pfandrechtstitels in das Unterpfandsbuch, auf das Kaufbuch oder auf andere Urkunden der Erwerbung eines Gutes zurückgegangen, und unter Beziehung auf diese muß sodann im Unterpfandsbuche das Eigenthumsrecht des Verpfänders nachgewiesen werden.

Namentlich findet zur Zeit diese Bestimmung ihre Anwendung auf exemte Güter.

Art. 59.

Auf gleiche Weise müssen so lange, als der dermaligen Einrichtung zufolge nicht jede Besitzveränderung sogleich in das Güterbuch eingetragen werden kann, bei einer Verpfändung die Kaufbücher und beziehungsweise die Inventur- und Theilungsakten von dem neuesten Zeitraume, mit dem Güterbuch verglichen werden.

---

(2) Der nämliche Grundsatz ist auch in dem baier. Hypoth. Gesetze enthalten §. 25. 26. Gönner Komm. Bd. I. S. 273. Vergl. auch die preuss. Hypoth. Ordn. von 1784 den zweiten Abschnitt, besonders §. 55. „Derjenige, auf dessen Namen der Titulus possessionis eines Grundstücks in dem Hypothekenbuch eingetragen stehet, ist dadurch legitimirt, über dieses Grundstück Dispositionis bei dem Hypothekenbuche vorzunehmen.“

Art. 60.

Unter dem Namen des neuen, im Güterbuche noch nicht laufenden Erwerbers eines Guts darf kein Unterpfand bestellt werden, so lange nicht über den Vertrag, wodurch die Erwerbung geschehen, obrigkeitlich erkannt, oder da, wo es eines Erkenntnisses nicht bedarf, die Urkunde der Erwerbung, in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift, der Unterpfandsbehörde eingehändigt worden ist. Durch ein gegen diese Vorschrift bestelltes Unterpfand können die Rechte des bisherigen Besitzers nicht gefährdet werden."

Bekanntlich werden die Einträge über Veränderungen des Grundbesitzes nur von Zeit zu Zeit in den Güterbüchern gemacht. Damit nun durch diesen Umstand die Bestellung von Unterpfändern nicht verzögert, oder erschwert werde, gestattet das Gesetz die Vergleichung der Kaufbücher, Inventuren und Theilungen mit den Güterbüchern, so daß wenn in diesen der Eintrag über eine Besitzveränderung noch nicht gemacht ist, jene als Grundlage für die Unterpfandsbestellung angenommen werden können. Indessen darf diß nur unter gewissen Beschränkungen geschehen:

1) Wenn Jemand durch Vertrag ein Gut erworben hat, so kann er auf dasselbe kein Unterpfand bestellen, noch die Unterpfandsbehörde dazu mitwirken, ehe über den neuen Erwerb gerichtlich erkannt ist (3).

2) Wenn es bei einer Erwerbung von Grundeigenthum des gerichtlichen Erkenntnisses darüber nicht bedarf, wie diß bei einem Uebergange durch Erbschaft der Fall ist, so wird die Befugniß des neuen Erwerbers zu Ver-

---

(3) Vergl. §. 6.

pfändungen erst dadurch hergestellt, daß er die Urkunde über seinen Erwerb, z. B. den Theilzettel der Unterpfandsbehörde vorlegt.

Sind in dem einen oder andern Falle diese Vorschriften nicht beobachtet worden, so kann der bisherige Besitzer, wenn er überhaupt ein Recht auf die Sache darzuthun vermag, die Unterpfandsbestellung als ungültig anfechten. Dieser Satz ist von praktischer Wichtigkeit. Man nehme den Fall, daß A von B ein Gut erkauft und dasselbe alsbald an C verpfändet. B ficht nach dieser Verpfändung den abgeschlossenen Kauf aus irgend einem Grunde als ungültig an und dringt wirklich mit dem Anspruche auf den Rückfall des Gutes in sein Eigenthum durch. Ist in diesem Falle die Bestellung des Unterpfandes nach dem gerichtlichen Erkenntnisse über den Kaufvertrag erfolgt, so bleibt das Unterpfand des C auch gegenüber von B bei Kräften, erfolgte sie aber vor dem gerichtlichen Erkenntnisse, so kann es von ihm als ungültig angefochten werden. Ebenso ist es, wenn Jemand auf ein Gut ein Unterpfand bestellt, über dessen Anfall an ihn durch Beerbung eines Verstorbenen Niemand zweifelt. Geschieht die Unterpfandsbestellung, ehe die Theilung gemacht und der Unterpfandsbehörde in Urschrift oder Auszug vorgelegt worden ist, und das Gut fällt unerwarteter Weise an einen Dritten, so ist sie gegenüber von diesem ohne Gültigkeit. Sie bleibt dagegen bei Kräften, wenn sie nach vollendeter Theilung auf den Grund derselben geschah und ein Dritter erst später mit einer Erbschaftsklage auftritt, vermöge welcher er das Eigenthum des verpfändeten Gutes erlangt.

Diese Beschränkungen der in Art. 59 enthaltenen Bestimmung sind höchst nothwendig, denn wenn auf der einen Seite die Umstände eine Abweichung von dem all-

gemeinen Grundsatze, daß überall auf das Güterbuch zurückzugehen sey, gestattet werden mußte, so war es auf der andern Seite Pflicht des Gesetzgebers, dafür zu sorgen, daß diß in keinen Mißbrauch ausarte und daher bestimmte Gränzen zu stecken.

„II. Oeffentlichkeit des Unterpfandswesens.

1.) Oeffentlichkeit der darauf sich beziehenden Bücher.

Art. 61.

Das Unterpfandsbuch ist ein öffentliches für alle diejenigen, deren Rechte und Interessen es berührt.

Die Einsicht desselben in Gegenwart eines Mitglieds der Unterpfandsbehörde oder des Aktuars ist Jedem so weit zu gestatten, als er ein Interesse dabei nachzuweisen vermag.

Art. 62.

Unter gleicher Voraussetzung und mit gleicher Beschränkung kann jeder von denjenigen öffentlichen Büchern, welche die Grundlage des Unterpfandsbuchs sind, namentlich von den Güter- und Kontraktsbüchern, Einsicht verlangen.

Art. 63.

Desgleichen sind Jedem aus den, Art. 61 und 62 genannten öffentlichen Büchern rücksichtlich der sein Interesse berührenden Stellen, auf Verlangen beglaubigte Auszüge mitzutheilen."

Von diesen Sätzen wurde ebenfalls in der Einleitung gehandelt. Sie sind so nothwendig in dem Wesen

des Unterpfandsgesetzes, so wie es seyn soll, gegründet, daß, nähme man sie hinweg, das Ganze in sich selbst zerfallen müßte. Daher finden wir sie auch in den andern Gesetzgebungen (1).

Für diejenigen, deren Rechte und Interessen es berührt, soll das Unterpfandsbuch öffentlich seyn. Auf welche Rechte erstreckt sich nun dieser Satz, oder wie weit muß ein Interesse gehen, damit dessen Anwendung begründet werde?

Der Entwurf hatte als Berechtigte aufgeführt: jeden Besitzer oder Erwerber einer in das Unterpfandsbuch eingetragenen unbeweglichen Sache, jeden darauf versicherten, oder zu versichernden Gläubiger, desgleichen jeden Andern, welcher nachzuweisen vermöge, daß er das Eigenthum einer durch Unterpfänder versicherten Forderung erwerben werde, oder daß er überhaupt wegen eines zwischen ihm und dem Besitzer oder Gläubiger bestehenden oder einzugehenden Rechtsverhältnisses ein Interesse habe. Auch sollte die Einsicht des Unterpfandsbuches jedem zugestanden seyn, welcher als Gläubiger mit einem Andern in irgend ein Rechtsverhältniß getreten sey, oder treten wolle, um sich zu vergewissern, ob dieser bereits in das Unter-

---

(1) Der Code civil sagt in Chap. 10. Art. 2196. „Les conservateurs des hypothèques sont tenus de délivrer à tous ceux qui le requièrent, copie des actes transcrits sur leurs registres et celle des inscriptions subsistantes, ou certificat, qu'il n'existe aucune.“ Ebenso heißt es in §. 42 des baier. Gesetzes: „Jeder Besitzer einer unbeweglichen Sache, jeder darauf eingetragene Gläubiger, desgleichen jeder Andere, welcher wegen eines mit dem Besitzer oder Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses ein Interesse glaubhaft nachweist, kann von denjenigen Stellen des Hypothekenbuches, worauf sich sein Interesse bezieht, Einsicht nehmen, oder auch beglaubte Auszüge derselben erlangen.“

pfandsbuch, und mit welchen Güterstücken er als Pfandschuldner eingetragen sey (2).

Diese einzelnen Bestimmungen blieben aber mit Recht weg, denn es lassen sich auch durch die sorgfältigste Aufzählung nicht alle möglicher Weise vorkommenden Fälle erschöpfen, und die Aufstellung eines allgemeinen Satzes, dessen Anwendung im Einzelnen dem Ermessen der Behörden überlassen wird, ist immer das Bessere.

Sollte man zu dem Ausspruch des Gesetzes noch etwas hinzufügen, so wäre es Folgendes: Die Einsicht des Unterpfandsbuches, so wie der andern öffentlichen Bücher wird gestattet, damit die Bürger ihre Rechte und Ansprüche in Beziehung auf unbewegliche Güter wahren und mit Sicherheit gewisse Rechtsverhältnisse mit Andern eingeh'n können. — Es sind daher alle diejenigen zu der Einsicht zuzulassen, welchen um Erhaltung oder Wahrung ihrer Rechte willen, oder wegen ihrer Sicherstellung in irgend einer Beziehung an denselben wirklich liegen muß.

Dagegen können diejenigen, deren Rechtsverhältnisse vermöge der Staatseinrichtungen unter die Leitung und Aufsicht der Behörden gestellt sind, auf der andern Seite mit Recht verlangen, daß dieselbe nicht wie auf öffentlichem Markte jedem Schaulustigen preisgegeben werden. Wenn daher ein Anderer nur ein oberflächliches Interesse hat, oder seine Neugierde nur unter scheinbarem Interesse versteckt, so wäre es eine wirkliche Rechtsverletzung für den Grundbesitzer; wenn seine Rechtsverhältnisse jenem ohne Weiteres enthüllt würden (3).

---

(1) Entwurf §. 11. 12.

(3) Man nehme den Fall, daß A zu B in die Miethe ziehen will. Nun fürchtet er aber, daß B sein Haus in einiger Zeit Schulden halber möchte verkaufen und er dasselbe verlassen müssen, während er eine Wohnung auf die Dauer zu miethen

Es muß daher ein wirklich begründetes Interesse von einiger Bedeutung vorhanden seyn, wie diß auch aus den in dem Entwurfe angeführten Beispielen erhellt.

Ferner muß dieses Interesse nachgewiesen werden. Es ist diß schwerlich dahin zu verstehen, daß ein voller Beweis geführt werden müsse, denn darüber, ob ein Beweis voll sey, oder nicht, könnte ja am Ende nur die gerichtliche Behörde entscheiden, sondern es wird an einer Bescheinigung oder daran genügen, daß das Interesse, welches der Bittsteller bei der Einsicht der Bücher haben will, auf eine glaubhafte Weise dargethan wird (4).

„2.) Folgen der Oeffentlichkeit.

Art. 64.

Auf der Oeffentlichkeit des Unterpfandswesens beruht die Sicherheit desjenigen, welchem ein Unterpfand bestellt wird, so wie die Sicherheit des Verkehrs mit Forderungen, welche durch Unterpfänder gedeckt sind.

a) Sicherheit des ursprünglichen Pfandgläubigers.

Art. 65.

Wer ein Unterpfand erwirbt, wird der Regel nach

---

wünscht. Um nun hierüber so viel möglich ins Klare zu kommen, bittet er die Unterpfandsbehörde um Einsicht der Bücher, in welchen er finden kann, ob das Haus des B verpfändet ist. Welche Behörde würde diesem Gesuche stattgeben? und doch ist einiges Interesse vorhanden. Das französische Gesetz, welches ohne Weiteres allen denjenigen, die es verlangen, (tous ceux qui le requièrent) die Rechtsverhältnisse Anderer enthüllen läßt, ist hier offenbar zu leicht.

(4) Verständlich hat sich hierüber der baier'sche Gesetzgeber mit den Worten: „glaubhaft nachweiset" ausgedrückt.

gegen alle ihm unbekannten Rechte und Ansprüche gesichert, welche zur Zeit dieser Erwerbung weder im Güterbuche noch im Unterpfandsbuche bemerkt gewesen.

Art. 66.

Hat dagegen bei der Unterpfandsbestellung die Unterpfandsbehörde die in jene Bücher eingetragenen, der Verpfändbarkeit im Wege stehenden Rechte oder Ansprüche eines Dritten (Art. 75) nicht berücksichtiget; so kann ein solches Versehen der Behörde dem Berechtigten keinen Nachtheil bringen: vorbehältlich der Entschädigungsklage des gefährdeten Pfandgläubigers gegen die schuldhaften Mitglieder der Unterpfandsbehörde.

Eben dieses findet Statt, wenn die nach dem Gesetz erforderte Einwilligung des Besitzers der Sache nicht, oder nicht auf zu Recht bestehende Weise ertheilt wird.

Art. 67.

So weit in den, Art. 58 und 59 bezeichneten Fällen die Stelle der Güterbücher durch andere öffentlichen, in den Händen der Unterpfandsbehörde befindlichen Urkunden vertreten wird, kann es dem Inhaber solcher Rechte, deren Eintragung nicht ausschließend dem Unterpfandsbuche vorbehalten ist (Art. 160), keinen Nachtheil bringen, wenn bei einer Unterpfandsbestellung diese Rechte, ungeachtet sie aus jenen Urkunden zu ersehen gewesen wären, unberücksichtigt geblieben sind.

Art. 68.

So weit ferner nach der dermaligen Einrichtung (Art. 59) es von demjenigen, welcher Grundeigenthum erwirbt, nicht abhängt, die gleichbaldige Eintragung im Güterbuche zu bewirken; so kann es ihm nicht schaden,

wenn eine solche Erwerbung, worüber entweder obrigkeitlich erkannt ist, oder über welche, sofern es eines Erkenntnisses nicht bedarf, die Urkunde der Erwerbung der Unterpfandsbehörde eingehändigt worden (Art. 60), gleichwohl bei der nachherigen Vornahme der allgemeinen Richtigstellung des Güterbuches nach dem neuesten Stande, gänzlich unberücksichtigt geblieben ist.

Eben so wenig kann es dem Grundeigenthümer nachtheilig seyn, wenn bei diesem Geschäfte durch eine Verwechselung ein anderes Gut ihm, oder wenn jenes Gut einem Dritten zugeschrieben worden ist.

Art. 69.

Auf gleiche Weise kann es dem Eigenthümer nicht schaden, wenn ihm in Folge einer ähnlichen Unrichtigkeit oder Verwechselung ein Gut, das er wirklich besizt und in Ansehung dessen er bis dahin im Güterbuche als Eigenthümer eingetragen gewesen, ohne sein Vorwissen bei dem erwähnten Geschäft abgeschrieben worden.

Art. 70.

Endlich kann durch die unstatthafte Löschung eines Unterpfands das Recht des früheren Gläubigers nicht aufgeschoben werden. (Art. 222.)

Art. 71.

Die vorstehenden Ausnahmen der im Art. 65 aufgestellten Regel sind buchstäblich zu erklären, und lassen eine Ausdehnung in keinem Falle zu.

Auch ist die Behörde, welcher die Führung des Güterbuchs obliegt, wegen des durch ihr Versehen entstandenen Nachtheils strenge verantwortlich. (Vergl. Art. 233.)

Diese Bestimmungen hängen mit den in Art. 56—60 enthaltenen genau zusammen.

Die Regel, daß als Eigenthümer einer unbeweglichen Sache in Beziehung auf Verpfändung derjenige gilt, welcher als solcher im Güterbuche eingetragen ist, und daß der Unterpfandsgläubiger der Regel nach gegen alle ihm unbekannte Rechte und Ansprüche gesichert wird, welche zur Zeit der Pfandbestellung weder im Güter- noch im Unterpfandsbuche bemerkt waren, gründet sich, wie bereits ausgeführt wurde, darauf, daß jeder Berechtigte den Verlust oder die Schmälerung eines Rechtes sich selbst zuzuschreiben hat, wenn sie durch seine eigene Versäumniß herbei geführt wird. — Nur diese Rücksicht ist es auch, durch welche jene Regel gerechtfertigt wird.

Es folgt hieraus, daß sie keine Anwendung in dem Falle finden kann, wenn eine Falschheit oder ein Mangel nicht auf der Versäumniß des Betheiligten, sondern auf der Versäumniß oder Nachlässigkeit der Unterpfandsbehörde, oder überhaupt auch der Behörde, welcher die Führung der öffentlichen Bücher zusteht, beruht. Es wäre daher an sich zu rechtfertigen gewesen, wenn der Gesetzgeber bestimmt hätte, daß nur in dem ersteren, nicht aber in dem lezteren Falle die Rechte des wirklichen Eigenthümers dem des Pfandgläubigers weichen sollen. Allein die Aufstellung einer solchen allgemeinen, doppelten Regel würde eine Menge von Rechtsstreiten herbeigeführt haben, und es verdiente daher schon in dieser Hinsicht den Vorzug, daß die in Art. 57 und 65 vorgetragene Regel blieb und nur für die wichtigeren Fälle gegentheilige Ausnahmen mit dem Verbote der ausdehnenden Auslegung festgesezt wurden.

Hiezu kömmt noch eine andere Rücksicht. Sollte der Pfandgläubiger ganz sicher gestellt seyn, so müßte sein Un-

terpfand selbst dann, wenn durch dessen Bestellung die Rechte des wirklichen Eigenthümers ohne dessen Verschulden und durch Nachlässigkeit der Behörde verlezt würden, bestehen bleiben. Denn es läßt sich nicht läugnen, daß die Sicherheit des Pfandgläubigers keine ganz vollkommene ist, so lange er fürchten muß, die ihm gemachte Unterpfandsbestellung möchte vermöge eines von den Behörden gemachten Fehlers nichtig seyn.

Auf der andern Seite aber würde durch eine solche Vorschrift die Sicherheit des Eigenthums völlig untergraben, und, wie in den Motiven zu dem Entwurfe gesagt wird, das heiligste Recht ist das des Eigenthumes, es darf den Rücksichten auf Belebung des Kredits und Erleichterung des Verkehrs nicht aufgeopfert werden. Der Gesetzgeber stand daher auf einem Punkte, wo jedes Ausschweifen auf ein Extrem den größten Nachtheil bringen mußte, und man muß gestehen, daß der getroffene Mittelweg hier, wie meistens, der beste und weiseste war.

Zu Art. 66.

Inwieferne durch den Mangel an der Einwilligung des Eigenthümers, oder durch die Ungültigkeit derselben eine Unterpfandsbestellung nichtig werden könne, erhellt aus Art. 6. 18. und den Ausführungen dazu.

Zu Art. 67.

In Art. 59 ist bestimmt, daß weil nicht sogleich jede Besitzveränderung in das Güterbuch eingetragen werden könne, auf die Kaufbücher, Inventur und Theilungsakten zurückzugehen sey ꝛc. Wenn nun bei einer Unterpfandsbestellung der Inhalt dieser Papiere unberücksichtigt geblieben ist, so soll sie für den, dessen Rechtsansprüche in denselben aufgezeichnet sind, und übergangen wurden, nicht nachtheilig seyn. Nun giebt es aber auch Rechtsansprüche,

welche weder in den Kaufbüchern, noch in den Inventuren und Theilungen zu finden sind, und welche daher nothwendig in das Unterpfandsbuch eingetragen werden müssen, um gewahrt zu werden. Sie sind in Art. 160 aufgeführt. Wenn daher für diese Ansprüche in dem Unterpfandsbuche kein Eintrag bewirkt und sie bei einer Unterpfandsbestellung nicht beachtet wurden, so liegt hier keine Versäumniß der Unterpfandsbehörde zu Grunde, weil sie sich aus den ihr zur Untersuchung angewiesenen Akten nicht von deren Dasein überzeugen konnte, und in diesem Falle gereicht die Unterpfandsbestellung dem, der solche Ansprüche macht, allerdings zum bleibenden Nachtheile.

Zu Art. 68.

In Art. 60 ist verordnet, daß unter dem Namen eines neuen Erwerbes eine Unterpfandsbestellung nur nach vorgängigem gerichtlichen Erkenntnisse, oder aber nach Vorlegung der Erwerbsurkunden geschehen dürfe. Der Grund hievon ist, weil durch die Vorlegung des Vertrages zum Erkenntnisse und das Erkennen selbst, oder durch Beibringen der Erwerbsurkunden die Unterpfandsbehörde erst amtlich davon, daß der Erwerb geschehen sey, in Kenntniß gesezt wird. Eben deßhalb nun, weil die Behörde auf diese Weise von dem neuen Erwerbe in Kenntniß gesezt wird, liegt es in ihrer Versäumniß, wenn die Einträge in das Güterbuch seiner Zeit nicht darnach gemacht wurden. Wird daher auf den deßhalb unrichtigen Inhalt des Güterbuches eine Unterpfandsbestellung von einem Nichteigenthümer vorgenommen, so kann sie dem Eigenthümer, der in das Güterbuch hätte eingetragen werden sollen, keinen Nachtheil bringen.

„b) Sicherheit der Nachfolger des Erwerbers eines Unterpfandes.

Art. 72.

Jeder, auf welchen eine durch Unterpfänder versicherte Forderung übertragen wird, kann zur Zurückweisung der Ansprüche Dritter die Rechte seines Vorgängers geltend machen.

Ueberdiß ist derjenige, welcher eine versicherte Forderung auf den Grund der Einträge in das Unterpfandsbuch mit lästigem Titel und in gutem Glauben, eigenthümlich oder pfandweise (Art. 4), erwirbt, selbst gegen diejenigen, nicht eingetragenen Ansprüche und Einwendungen des Hauptschuldners oder Dritter gesichert, welche der Vorgänger in Folge seiner eigenen Handlungen oder wegen eigener Wissenschaft gegen sich anerkennen müßte (vergl. Art. 81, 82, 85, 89, 97, 111); vorbehältlich der in Beziehung auf dergleichen Einwendungen in den Art. 86 ff. enthaltenen näheren Bestimmungen."

Sollen die mit Unterpfändern versicherten Forderungen nicht beinahe ganz für den Verkehr verloren gehen, so müssen sie von dem ursprünglichen Gläubiger übertragen, ja selbst verpfändet werden können, und der, auf welchen die Uebertragung geschieht, muß zum wenigsten in die nämlichen Rechte eintreten, wie sie der Uebertragende hatte.

Aber es genügt nicht einmal hieran, und das neu erworbene Recht muß nicht nur auf die Ansprüche, wie sie dem Uebertragenden zustanden, gegründet seyn, sondern in sich selbst fest stehen. Hiefür ist nun hauptsächlich in Art. 88 gesorgt, dessen Sinn im Allgemeinen dahin geht, daß der Schuldner nur die im Unterpfands-

buche eingetragenen Einreden gegen den dritten Erwerber unter lästigem Titel und in gutem Glauben, geltend machen kann. In dem vorliegenden Artikel ist nur von den Ansprüchen und Einreden die Rede, welche, obgleich nicht eingetragen, gegenüber von dem ursprünglichen Gläubiger bei Kraft bleiben, und es wird bestimmt, daß derjenige, welcher eine versicherte Forderung mit lästigem Titel und gutem Glauben erworben habe, jene Ansprüche zurückweisen könne, obgleich sein Vorgänger sich dieselbe hätte müssen gefallen lassen. — Diese Bestimmung scheint sich zwar schon aus der des Art. 88 zu ergeben, ist jedoch in Beziehung auf die in verschiedenen Artikeln des Gesetzes benannten Fälle näher zu erläutern.

1) Wenn mehrere Gläubiger auf dieselbe Sache versichert sind, so kann schon bei der gleichzeitig vorgenommenen Pfandbestellung durch gemeinschaftliche Uebereinkunft bestimmt werden, daß der eine dem andern der Zeit nach vorgehen solle (Art. 97), oder es kann diß auch erst später geschehen, indem ein bevorzugter Gläubiger seinen Platz an den minder bevorzugten abtritt. (Art. 104.) Wird hierüber kein Eintrag in das Unterpfandsbuch gemacht, so bindet doch die getroffene Uebereinkunft die vertragenden Personen, wie jeder andere Vertrag. Wenn aber derjenige, welcher seinem Mitpfandgläubiger einen besseren Platz abgetreten hat, ohne daß deßhalb ein Eintrag geschehen wäre, seine pfandrechtliche Forderung an einen Dritten veräußert oder verpfändet, so ist dieser Dritte an jene Uebereinkunft nicht gebunden, weil sie in Ermanglung eines Eintrags darüber nur persönliche Ansprüche bewirken konnte. (Art. 82.)

2) Wenn Jemand ein dingliches Recht auf eine Sache zu wahren hatte, und die Bewerkstelligung eines Eintrages unterließ, ehe dieselbe verpfändet wurde, so

kann er gegen diese Versäumniß Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten, sobald nur der Gläubiger jenes Recht kannte oder ungeachtet dieser Wiedereinsetzung des Versäumenden seine Befriedigung erhalten kann und das versäumte Recht nicht in einem Pfandrechtstitel bestand. Hat aber der Gläubiger seine Forderung an einen Dritten veräußert oder verpfändet, so kann das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auf den Grund der Wissenschaft des ursprünglichen Gläubigers gegen den neuen nicht mehr geltend gemacht werden. (Art. 81. 89.)

3) In Art. 85 ist bestimmt, daß wenn Cessionarien oder Faustpfandgläubiger es versäumt haben, das ihnen von dem ursprünglichen Gläubiger eingeräumte Recht eintragen zu lassen, sie sich auch die nach dem Erwerbe desselben von dem ursprünglichen Gläubiger hinsichtlich der Hauptforderung oder der Unterpfänder getroffenen Verfügungen (in der Regel) gefallen lassen müssen. Veräußert nun aber ein Cessionar, welcher die an ihn geschehene Cession nicht eingetragen ließ, die versicherte Forderung an einen Vierten und es wird über diese Veräußerung ein Eintrag auf gesetzliche Weise gemacht, so können von nun an von dem ursprünglichen Gläubiger keine Verfügungen mehr zum Nachtheile des nunmehrigen Gläubigers vorgenommen werden, und aus denselben weder Einreden, noch andere Ansprüche gegen den lezteren entstehen, und auf den Grund der von dem ursprünglichen Gläubiger vorgenommenen Verfügungen, soferne sie nicht aus dem Unterpfandbuche ersichtlich sind, können keine Ansprüche an den nunmehrigen Gläubiger gemacht werden.

4) Aehnlich hiemit ist ein aus Art. 111 hervorgehender Fall. Wenn Jemand in die Stelle eines Gläu-

bigers tritt, so ist er in Ermanglung eines Eintrags darüber gegen die Ansprüche der künftigen Cessionarien und Faustpfandgläubiger nicht sicher gestellt, cedirt er aber seine Stelle an einen Dritten unter Eintragung der Cession in das Unterpfandsbuch, so kann gegen diesen nunmehrigen Inhaber der Forderung kein Anspruch der späteren Cessionarien und Faustpfandgläubigern mehr entstehen, und eben so wenig ein für diese früher entstandener, aber nicht eingetragener Anspruch mehr geltend gemacht werden.

Damit indessen alle diese Wirkungen einer Uebertragung eintreten, wird erfordert:

1) Daß die Ansprüche oder Einreden Dritter nicht in dem Unterpfandsbuche eingetragen seyen, oder bei jener Uebertragung nicht angemeldet werden, wovon zu §. 88. weitläufiger die Rede seyn wird, und

2) daß der, an welchen die Uebertragung einer Forderung geschieht, dieselbe mit lästigem Titel und guten Glauben erwerbe. Wird also von ihm erworben, ohne daß er eine Gegenleistung macht, also durch Schenkung, oder ist er nicht in gutem Glauben, so treten die angeführten Wirkungen der Cession nicht ein und es stehen ihm die Ansprüche Dritter ebenso entgegen, wie dem ursprünglichen Gläubiger.

Hiebei fragt sich noch, was unter dem guten Glauben des Cessionars oder Faustpfandgläubigers verstanden wird. Daß der Erwerb der Forderung von ihm in gutem Glauben, und nicht auf unrechtmäßige Weise geschehen seyn muß, liegt am nächsten und ist nicht wohl zu bestreiten. Man wird aber unter dem guten Glauben des Erwerbers einer pfandrechtlich versicherten Forderung auch das verstehen müssen, daß er selbst von den dem Schuldner und dessen Nachfolgern zustehenden An-

sprüchen zur Zeit seines Erwerbes keine Kenntniß gehabt habe. —

Denn es ist nicht nur allgemeinen Grundsätzen angemessen, daß der, welcher mit den gegen ihn zu richtenden Ansprüchen und Einreden bekannt ist, nicht behandelt wird, als wäre er nicht damit bekannt, sondern es erhellt diß auch aus dem Geiste des Gesetzes und aus besondern Aussprüchen desselben.

Eine Hauptbedingung dafür, daß dem Erwerber einer pfandrechtlich versicherten Forderung Einreden von dem Schuldner entgegengesezt werden können, ist nämlich die, daß ein Eintrag über diese Einreden in dem Unterpfandsbuche gemacht, oder überhaupt der Erwerber der Forderung auf gehörige Weise benachrichtigt worden sey. Diese Vorschrift nun hat offenbar keinen andern Zweck, als daß der Erwerb pfandrechtlich versicherter Forderungen mit Sicherheit geschehen kann und daß der Erwerber nicht Gegenansprüchen oder Einwendungen ausgesezt ist, welche er vorher nicht kannte und kennen konnte. — Wenn er nun aber schon zur Zeit des Erwerbes der Forderung auf irgend eine Weise mit solchen Einreden oder Ansprüchen bekannt war, so fällt der Zweck jener Vorschrift weg, das, was durch dieselbe erreicht werden sollte, nämlich die Bekanntschaft des Erwerbers mit den seinem Gewährsmann entgegenstehenden Einreden, ist schon vorhanden und es geschieht ihm kein Unrecht, wenn er dieselbe nachher gegen sich gelten lassen muß.

Hiemit stimmt auch ganz der Inhalt des Art. 65. überein, nach welchem der Erwerber eines Unterpfands der Regel nach gegen die ihm unbekannten Rechte und Ansprüche Anderer gesichert seyn soll. Erwerber eines Unterpfandes aber ist auch der, welcher die bereits pfandrechtlich versicherte Forderung von einem Andern an sich bringt.

Man könnte zwar hiegegen einwenden, daß nach Art. 89. alsdann, wenn der Gläubiger die Ansprüche eines Andern gekannt habe, Restitution stattfinden solle, und daß sonach die Bekanntschaft des Gläubigers mit diesen Ansprüchen den Mangel eines Eintrages, oder der gehörigen Benachrichtigung nicht an sich ergänze. Allein daraus, daß die Bekanntschaft des Gläubigers mit den Ansprüchen Anderer für diese Restitution begründet, scheint nicht nothwendig zu folgen, daß sie bloß Restitution begründe, und daß sie den Berechtigten nicht auch an sich (ipso jure) nützlich seyn könne.

„e) Ausschließung der Verjährung.

Art. 73.

Gegen eine Forderung, welche in das Unterpfandsbuch eingetragen ist, kann weder rücksichtlich der Hauptsumme derselben, noch in Ansehung der damit verbundenen Unterpfänder, die Verjährung ihren Anfang nehmen, so lange nicht der Eintrag gelöscht, oder von dem die Löschung nachsuchenden Berechtigten eine Verwahrung deßhalb eingetragen ist. Dagegen kommen rücksichtlich der aus der Forderung verfallenen Zinsen, die allgemeinen Grundsätze von der Verjährung in Anwendung."

---

1) Gemeines Recht.

Die Lehre von der Verjährung der pfandrechtlichen Ansprüche, wie sie bisher gegolten hat, ist nicht frei von Schwierigkeiten.

So viel ist gewiß, daß die Pfandklage gegen den Schuldner und dessen Erben erst in 40 Jahren verjährt, und zwar von dem Zeitpunkte an, da die Klage angestellt werden kann (ex quo competere coepit). Gegen andere Pfandgläubiger besteht die Klage bei dem Leben des

Schuldners ebenfalls 40 Jahre, nach dessen Tode 30 Jahre, und wenn sie die Zeit vor und nach dem Tode des Schuldners zusammenrechnen wollen, 40 Jahre (1).

Zweifelhaft ist es dagegen, ob ein dritter Besitzer die verpfändete Sache auch gegen den Pfandgläubiger in der ordentlichen Verjährungszeit so erwerben kann, daß derselbe mit der Pfandklage ausgeschlossen wird. Es scheinen hiefür l. 1. 2. C. si adv. creditorem (7. 36.) und l. 14. C. de obl. et act. (4. 10.) zu sprechen, während man nach l. 44. §. 5. D. de usurp. et usu, cap. (41. 3.) l. 5. l. 7. C. de pign. et hypoth. (8. 14.) das Gegentheil annehmen sollte. Die richtigere Entscheidung wird wohl die seyn, daß die ordentliche erwerbende Verjährung wohl dem Pfandschuldner, nicht aber dem Pfandgläubiger schadet, außer es wäre Sache des lezteren gewesen, den Lauf der Verjährung zu unterbrechen, was aber nur dann, wenn er die Sache als Faustpfand erhalten hatte, oder höchstens, wenn er den Verjährungsbesitz des Dritten kannte, und in der Lage war, denselben zu unterbrechen, von ihm wird verlangt werden können (2).

Nach diesen Regeln konnte bis jezt die persönliche Klage gegen den Schuldner in dem Laufe von 30 Jahren verjährt seyn, während die Pfandklage noch bei Kräften blieb. Man könnte diß auffallend finden und sagen, daß der pfandrechtliche Anspruch ja ganz von dem Daseyn der Hauptforderung abhänge und daher auch nicht weiter geltend gemacht werden köune, wenn diese aufgehört habe. Allein das Daseyn eines Pfandrechtes hängt wohl von der

---

(1) l. 7. pr. §. 1. 2. C. de praescr. 30 vel 40 ann. (7. 39.)

(2) Vergl. Donellus comment. ad l. 5. 7. C. cit. (8. 14.) Vergl. Thib. §. 1038. Gesterding S. 354. folg. Westphal §. 246. 247. Wehning B. II. §. 172.

Hauptforderung, nicht aber das Daseyn der Hauptforderung davon ab, ob sie mit einer persönlichen Klage verfolgt werden kann. Durch die Verjährung verliert der Berechtigte nichts als die persönliche Klage, die Verbindlichkeit des Andern an sich bleibt und zwar, wenn auf ihre Erfüllung durch keine andere Klage gedrungen werden kann, als natürliche Verbindlichkeit. Standen aber dem Berechtigten ursprünglich 2 Klagen zu, eine persönliche und eine dingliche, und jene erlischt, so geht eben deßhalb, weil die Verbindlichkeit und das Recht an sich dadurch nicht aufhören, die 2te, dingliche dadurch nicht auch verloren (3).

2) Die neue Gesetzgebung im Allgemeinen,

Unser Gesetz geht nun noch weiter und bestimmt, daß weder gegen die Hauptsumme der Forderung, noch gegen den damit verbundenen Unterpfandsanspruch die Verjährung ihren Anfang nehmen solle, so lange nicht der Eintrag gelöscht sey u. s. w. — Daß also gegen die Pfandklage, so lange die Bedingungen des Eintrages vorhanden sind, niemals die Verjährung zu laufen anfangen könne, ist klar. Aus dem Gegensatze, in welchem die „Hauptsumme der Forderung" gegen „den damit verbundenen Unterpfandsanspruch" steht, folgt aber, daß auch gegen den persönlichen Anspruch die Verjährung nicht laufe, denn nur dieser kann mit jenen Worten vermöge des Gegensatzes gemeint seyn. Die Abweichungen unseres Gesetzes von den bisherigen Regeln bestehen also hauptsächlich darinne, daß 1) nicht nur die pfandrechtlichen Ansprüche nicht verjähren sollen, während von den römischen Gesetzen hiefür bloß eine längere Verjährungszeit gesezt ist, sondern daß auch 2) der persönliche Anspruch, so lange der

---

(3) Vergl. Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 110. folg. Wehning B. I. §. 50. II. §. 174. Not. f.

Eintrag in das Unterpfandsbuch bei Kraft bleibt, nicht erlischt.

3) Weitere Entwicklung dieser Lehre:

a) Der Verjährungslauf ist nur zum Besten des Pfandgläubigers, nicht aber zum Besten des Eigenthümers der verpfändeten Sache gehemmt.

Der Zweck des Gesetzes ist nämlich hier lediglich Sicherheit des Pfandgläubigers, dessen Forderung und Pfandrecht nicht durch Verjährung verloren gehen soll. Ein Dritter kann also immerhin das Grundstück, auf welches jener mit seiner Forderung versichert ist, durch Verjährung erwerben, ohne daß jedoch das darauf bestellte Pfandrecht erlischt. Man nehme den Fall, daß A dem B sein Gut für eine Forderung verpfände, und C dieses Gut unter einem gerechten Titel und in gutem Glauben an sich bringe, — so läuft die erwerbende Verjährung des C allerdings zu dessen Vortheile bis zu ihrem Ende, so daß A sein Eigenthum auf das Grundstück durch dieselbe verliert. Nichts desto weniger bleibt aber das Pfandrecht des B darauf haften, weil es im Hypothekenbuche eingetragen ist und eben so wenig erlischt dessen persönlicher Anspruch durch Verjährung, wobei wir denn wieder auf die Bestimmungen der römischen Gesetze treffen (4).

b) Der Anspruch des Pfandgläubigers auf Entrichtung der laufenden Zinsen geht durch Verjährung nicht verloren, wohl aber der auf Entrichtung der verfallenen.

Da Nebenforderungen mit der Hauptforderung in gleichem Schritte gehen, so würde die Vorschrift unseres Gesetzes auch auf jene zu beziehen seyn. In Rücksicht der

---

(4) l. 44, §. 5. D. cit. (41. 3.)

Zinsen aber ist ausdrücklich bestimmt, daß sie, sobald sie verfallen seyen, nach gemeinrechtlichen Grundsätzen behandelt werden sollen. Das Recht also, verfallene Zinsen zu fordern, erlischt durch Verjährung, wie bisher. Jedoch sind nur die verfallenen Zinsen von der neuen Bestimmung ausgenommen, das Recht auf die nicht verfallenen erlischt also so wenig, als die Forderung selbst, sobald diese als verzinslich eingetragen ist. Wären daher auch in diesem Falle 30 und 40 Jahre lang keine Zinsen gefordert worden, so könnte dadurch allein kein Recht für den Schuldner entstehen, keine Zinsen mehr zu bezahlen. Auf andere Fälle darf jedoch diese Vorschrift, als singulär nicht bezogen werden. Die gesetzliche Bestimmung also, daß an aufgelaufenen Zinsen nicht mehr, als das Kapital beträgt, solle gefordert werden dürfen, besteht auch jezt noch, soferne nicht der Gerichtsgebrauch davon abgegangen ist (5), und wenn längere Zeit geringere Zinsen entrichtet worden sind, so können später nicht mehr höhere gefordert werden, nicht aus dem Grunde einer Verjährung, sondern weil es angesehen wird, als habe der Gläubiger stillschweigend darein gewilligt, daß ihm der Schuldner nur geringere Zinsen geben dürfe (6).

c) Wenn der Verjährungslauf gegen eine Forderung auch schon begonnen hat, so wird er durch die Bestellung eines Unterpfandes dafür unterbrochen.

Das Gesetz bestimmt nur, daß, während der Eintrag der Hypothek bestehe, die Verjährung ihren Anfang

---

(5) Vgl. hierüber Schumm in den Jahrbüchern der Gesetzgebung und Rechtspflege im Königreiche Würtemberg. Bd. I. Heft 2. S. 209. folg.

(6) l. 13. pr. D. de usuris (22. 1.) l. 5. 8. C. h. t. (4. 32.)

nicht nehmen könne. Wie nun, wenn die Verjährung gegen die Forderung ihren Lauf bereits begonnen, jedoch noch nicht vollendet hat? Hierüber wird nichts gesagt, allein man wird behaupten müssen, daß auch in diesem Falle von Verjährung nicht mehr die Rede seyn könne, wobei denn wieder unser Gesetz wenigstens theilweise zur Anwendung kömmt.

Eine jede Verjährung wird nämlich dadurch wesentlich bedingt, daß der Verjährende sich in einem ungestörten oder ununterbrochenen Besitze befinde. Wird nun für eine Forderung ein Pfand bestellt, so unterbricht diese Pfandbestellung jedenfalls jenen Besitz. Eine Pfandbestellung kann nämlich nur entweder mit der Zustimmung des Schuldners, oder wenn er nicht einwilligt, in den geeigneten Fällen vermöge eines richterlichen Erkenntnisses geschehen, daß dem Gesetze gemäß eine Pfandbestellung stattfinden müsse. In dem ersten Falle ist aber ein Anerkenntniß des Schuldners vorhanden, wodurch die Verjährung natürlich unterbrochen wird (interruptio naturalis) (7); in dem andern Falle wird immer eine Citation des Schuldners vorangehen, welche eine bürgerliche Unterbrechung (interruptio civilis) begründet (8). Sollte also eine Verjährung stattfinden, so müßte sie von der Zeit der Pfandbestellung aufs Neue zu laufen anfangen, und diß wäre gegen unser Gesetz.

Hievon ließe sich eine Ausnahme nur dann denken, wenn nicht der Schuldner selbst, sondern ein Dritter durch Vertrag oder lezten Willen eine Pfandbestelluna auf seiner eigenen Sache herbeiführte, ohne daß der Schuldner davon wüßte, oder seine Schuld anerkennte. Allein auch in

---

(7) l. 7. §. 5. C. de praescr. 30 vel 40 ann. (7. 39.)
(8) l. 3. C. de annali exceptione (7. 40.)

diesem Falle läßt sich nur eine theilweise Verjährung denken, nämlich nur die der persönlichen Schuldforderung, wenn der Verjährungsbesitz des Schuldners schon früher begonnen hat, nicht aber eine Verjährung des pfandrechtlichen Anspruches, welcher erst mit der öffentlichen Verpfändung entsteht. Denn wenn auch die persönliche Klage verjährt, d. h. wenn der Schuldner dem Gläubiger auf seine persönliche Klage die Einrede der Verjährung entgegen setzen kann, so verliert, wie schon bewiesen wurde, die Forderung an sich ihr Daseyn dadurch nicht und der pfandrechtliche Anspruch, welcher für sich nicht verjähren konnte, wird also dadurch auch nicht aufgehoben.

d) Der Verjährungslauf kann wieder beginnen, wenn der Eintrag in dem Unterpfandsbuche gelöscht, oder eine Verwahrung auf eine gültige Weise dagegen vorgemerkt wird.

Der Lauf der Verjährung, welcher durch den Eintrag der Hypothek in das Unterpfandsbuch gehemmt wird, beginnt in zwei Fällen, nämlich wenn 1) dieser Eintrag gelöscht, oder 2) von dem, welcher die Löschung rechtlich verlangen kann, eine Verwahrung deßhalb eingetragen wird. Wird der Eintrag selbst gelöscht, so kann es sich nur noch um die Verjährung des persönlichen und nicht mehr um die des pfandrechtlichen Anspruches handeln, denn dieser hört durch die Löschung von selbst auf, ohne daß es noch einer Verjährung bedürfte (9).

Anders verhält es sich, wenn bloß eine Verwahrung

---

(9) Hierin liegt ein weiterer Beweis für die Behauptung, daß, während der Eintrag besteht, auch der persönliche Anspruch nicht verjähre, denn nur in Beziehung auf diesen kann gesagt werden, daß nach geschehener Löschung der Hypothek die Verjährung wieder zu laufen anfange. Vergl. oben unter 2.

eingetragen wird, denn dadurch wird das Pfandrecht noch nicht an sich aufgehoben und der Wiederanfang der Verjährung muß sich also sowohl auf dieses Pfandrecht, als auf den persönlichen Anspruch beziehen.

Es entsteht nun aber die Frage, unter welchen Bedingungen der Eintrag einer Verwahrung den Wiederanfang des Verjährungslaufes begründe.

Vorerst muß derjenige, auf dessen Veranlassung der Eintrag gemacht wird, berechtigt seyn, denselben zu verlangen. Dieses Recht aber kann nur demjenigen zustehen, welcher ein wirkliches Interesse an der Sache hat, also dem Pfandschuldner und dessen Erben, oder demjenigen, der die verpfändete Sache mit Eigenthumsrecht besizt. Daß für diese Personen auch solche auftreten können, welche für sie zu handeln befugt oder verbunden sind, wie Vormünder, Ehemänner, Bevollmächtigte, ist natürlich.

Ferner wird man behaupten müssen, daß nicht jede auf Begehren eines Betheiligten eingetragene Verwahrung gesetzlich begründet seyn müsse. Die baier'sche Hypothekenordnung enthält die nämliche Bestimmung, wie unser Gesetz und es scheint, als ob Gönner annehme (10), daß nach geschehener Hypothekenbestellung eine bloße Protestation den Verjährungslauf begründe. Aber dann wäre es in die Gewalt des Pfandschuldners gegeben, durch seine Willenserklärung jeden Augenblick die Vorschrift des Gesetzes zu entkräften. Daß diß der Gesetzgeber gewollt habe, läßt sich nicht annehmen, sondern es muß vielmehr angenommen werden, daß er die gesetzliche Begründung der Verwahrung vorausgesezt habe.

Es ist freilich wahr, daß auf das Gesuch einer überhaupt hiezu befugten Person eine Verwahrung eingetragen

---

(10) Kommentar Thl. I. S. 344. folg.

werden muß, soferne sie ihr Recht dazu zu bescheinigen vermag, allein dieser Eintrag hat alsdann noch keine definitive, oder entscheidende Wirkung, — sondern es muß nun auch der Gläubiger gehört werden, so wie jedem Bürger nur nach vorgängiger Verhandlung ein Recht entzogen werden kann. Erkennt nun dieser das Recht des sich Verwahrenden an, so erhält jener Eintrag definitive Wirksamkeit und die Verjährung beginnt, wenn es derselben noch bedarf, bestreitet aber der Gläubiger das Recht, auf welches der sich Verwahrende sich stützen will, so kann dieser Streit nur durch gerichtliche Entscheidung erledigt werden. Wenn nun diese dahin ausfällt, daß das Recht des lezteren, auf welches sich seine Verwahrung bezieht, nicht gegründet sey, so muß der provisorische Eintrag derselben wieder gelöscht werden und es kann von einem Verjährungslaufe nicht die Rede seyn; wenn dagegen das Recht des sich Verwahrenden durch den richterlichen Ausspruch als begründet anerkannt wird, so erhält die eingetragene Verwahrung entscheidende Kraft. Zugleich wird in diesem Falle die Wirkung der gerichtlichen Entscheidung auf den Zeitpunkt des Eintrags der Verwahrung zurückbezogen, so daß die Verjährung als von diesem Zeitpunkte an laufend angesehen werden muß.

e) Der Verjährungslauf muß indeß wieder von vorne anfangen und wird in manchen Fällen gar nicht stattfinden können.

Es ist oben gezeigt worden, daß wenn die erlöschende Verjährung einer Forderung bereits begonnen habe, der Lauf dieser Verjährung entweder natürlich oder bürgerlich unterbrochen werde (interruptio civilis, naturalis). Diese Unterbrechung dauert nun so lange, bis die Hypothek gelöscht, oder eine Verwahrung mit voller Wirkung eingetragen ist. Tritt daher einer dieser beiden Fällr ein, so daß die Ver-

jährung wieder gesetzlich möglich ist, so kann wegen der stattgehabten Unterbrechung der frühere Besitzstand dem Verjährenden nicht zu gut kommen, sondern er muß von neuem zu verjähren anfangen. Wie viele Zeit nun aber nunmehr erfordert werde, entscheidet sich ganz nach dem gemeinen Rechte, nach welchem namentlich dann, wenn eine gerichtliche Citation des Schuldners erfolgt war, nur ein Verjährungsbesitz von 40 Jahren Freiheit von der Schuld begründet (11).

Indessen wird es viele Fälle geben, in welchen ganz keine Verjährung mehr stattfindet, wenn nämlich vermöge der bei der Hypothekenbestellung stattgefundenen Verhandlung von einem guten Glauben des Schuldners nicht mehr die Rede seyn kann. Es läßt sich diß namentlich dann recht gut denken, wenn wegen mangelnden Anspruches des Gläubigers auf eine wider Willen des Schuldners geschehene Hypothekenbestellung diese gelöscht, die Schuld selbst aber bei den Verhandlungen über die Pfandbestellung von dem Schuldner anerkannt worden ist.

f) Von Vormerkungen.

Die Vormerkung eines pfandrechtlichen Anspruches kann in der Regel an sich selbst den Lauf der Verjährung nicht hemmen, weil sie nur ein provisorisches Mittel ist und erst durch künftige Bestätigung einen definitiven Zustand herbeiführt. Wird sie nicht innerhalb des angesezten Termins gerechtfertigt, so ist sie als nicht geschehen zu betrachten, findet aber ihre Rechtfertigung Statt, so muß diese auf die Zeit des Eintrages zurückbezogen werden. Wenn daher eine Forderung im 1. Jan. 1820. verjährt wäre und den 30. Decbr. 1819. würde eine Vormerkung eingetragen und auf deren Rechtferti-

---

(11) l. 9. C. de praescr. 30 vel 40 annorum (7. 39.) l. 1. §. 1. C. de annali exceptione (7. 40.)

gung auch erst im Jahre 1821. für die definitive Gültigkeit des gemachten Eintrages entschieden, so würde diß auf den 30. December 1819. zurückbezogen werden müssen und die Verjährung als damals unterbrochen anzusehen seyn. Würde aber die Vormerkung nicht gerechtfertigt, so wäre die Verjährung als vollendet zu betrachten.

Anders ist es mit denjenigen Vormerkungen, welche für eine liquide Schuld und ein liquides Pfandrecht dann eingetragen werden, wenn der Schuldner vor der Hand keine beweglichen Güter hat. Eine solche Vormerkung hat, weil sie nur in Beziehung auf das zu verpfändende Objekt provisorisch ist, definitive Kraft für das Rechtsverhältniß selbst und hemmt also ohne Zweifel den Verjährungslauf für die Forderung, auf welche sie sich bezieht (12).

„III. Sicherstellung von Rechten durch Einträge in die öffentlichen Bücher."

Aus dem Grundsatze, daß das Güterbuch und beziehungsweise (1) die andern der Unterpfandsbehörde zu Gebote stehenden öffentlichen Urkunden die einzige Grundlage für die Bestellung von Unterpfändern bilden, folgt der zweite Satz von selbst, daß nur auf diejenigen Rechte und Ansprüche, welche in jenen Urkunden aufgezeichnet sind, bei Bestellung von Unterpfändern Rücksicht genommen werden kann, und daß die auf den Grund der öffentlichen Bücher erworbenen Unterpfänder gegen alle nicht darinne eingetragenen Ansprüche Dritter, von welcher Natur sie auch seyen, geschüzt seyn müssen.

Diese zur Erhaltung und Beförderung des Kredits noth-

(12) Vergl. Art. 31. 35.
(1) Vergl. Art, 58 — 60.

nothwendigen Vorschriften würden hart und rechtsverletzend seyn, wenn es nicht von dem Willen eines jeden Berechtigten abhänge, den Eintrag seines Anspruches in den öffentlichen Büchern zu veranlassen. Nur sobald ihm diese Befugniß gegeben ist, hat er es sich selbst zuzuschreiben, wenn er davon Gebrauch zu machen unterläßt, und dadurch Schaden erleidet.

Aus diesem Grunde wird von dem Gesetzgeber Jedem, der irgend einen auf eine unbewegliche Sache sich beziehenden Anspruch zu beweisen, oder wenigstens zu bescheinigen weiß, gestattet, einen Eintrag darüber in das Güterbuch oder Unterpfandsbuch zu bewerkstelligen.

Ist nun ein Anspruch entweder vermöge des Anerkenntnisses der betheiligten Personen, oder auf andere Weise, z. B. durch rechtskräftiges Erkenntniß, Notorietät ꝛc. so begründet, daß über seine Richtigkeit gar kein Zweifel entstehen kann, so ist hinlänglicher Grund vorhanden, um auf Anrufen des Berechtigten darüber einen Eintrag in das Güterbuch oder Unterpfandsbuch mit vollendeter Wirkungskraft oder definitiv zu machen. Wenn z. B. das Eigenthumsrecht des A auf das in der Nutznießung des B stehende Gut anerkannt ist, so kann es keinem Anstande unterworfen seyn, den A als Eigenthümer in das Güterbuch einzutragen, wenn diß bis jezt nicht geschehen war. Oder wenn A und B auf dieselbe Sache versichert sind, und A, dem ein vorzüglicheres Recht der Zeit nach, als dem B zustand, dieses an den B abtritt, so muß über diese Abtretung auf Verlangen des B ein Eintrag in das Unterpfandsbuch geschehen. Fälle dieser Art sind in Art. 82 — 85. enthalten.

Es kann aber auch Ansprüche, oder Rechte in Beziehung auf eine Sache geben, welche noch irgend einem Anstande unterliegen, indem sie, sey es nun ihrem Daseyn

und eigentlichen Wesen, oder ihrem Umfange nach noch nicht gehörig bewiesen werden können. Für diese Ansprüche muß nun, wenn sie nicht durch eine Unterpfandsbestellung ganz oder theilweise verloren gehen sollen, ein vorläufiger Eintrag gestattet seyn; wobei es jedoch räthlich ist, diese Befugniß einem Berechtigten nur dann einzuräumen, wenn er das Daseyn des angesprochenen Rechtes wenigstens einigermaßen wahrscheinlich machen kann, indem sonst die Unterpfandsbücher durch muthwillige Einträge mißbraucht, und der Kredit der Eigenthümer gestört werden könnte.

Solche Ansprüche beziehen sich nun entweder im Allgemeinen aus irgend einem Rechtsgrund auf ein unbewegliches Gut, in welchem Falle der Eintrag derselben eine Verwahrung genannt wird (Art. 74—78.) oder auf ein zu erlangendes Unterpfandsrecht, in welchem Falle der Ausdruck Vormerkung gebraucht ist, (Art. 79. 81.) oder auf die in Beziehung auf eine schon geschehene Unterpfandsbestellung dem Schuldner zustehenden Einreden (Art. 86—88.)

---

a) „Sicherstellung von Rechten in Beziehung auf ein Gut überhaupt.

Art. 74.

Ein Dritter, welchem hinsichtlich der verpfändeten Sache ein Recht zusteht, kann dasselbe, wenn er es vor der Eintragung des Unterpfandsrechts nicht gewahrt hat, nachher gegen den eingetragenen Pfandgläubiger nicht mehr geltend machen.

Art. 75.

Zu Vermeidung dieses Nachtheils muß derjenige, der ein dingliches oder ein auf Erwerbung oder Wiedererlangung eines Guts abzweckendes persönliches Recht bescheinigen kann, und welcher besorgt, es möchte dieses durch Ein-

tragung eines Unterpfands auf der von Ihm angesprochenen Sache gefährdet werden, die Bemerkung seines Anspruchs entweder in dem Unterpfandsbuche oder in dem Güterbuche (Art. 160.) bewirken.

Art. 76.

Diese Verwahrung hat die Wirkung, daß, so lange sie nicht gelöscht ist, der Besitzer des Grundstücks eine, jenem Anspruche nachtheilige, Verfügung bloß bedingt vorzunehmen befugt ist, und daß die Gültigkeit der Lezteren davon abhängt, ob zu Gunsten des Protestirenden oder zu dessen Nachtheil eine rechtskräftige Entscheidung über seinen Anspruch erfolgt.

Art. 77.

Fällt die Entscheidung für den sich Verwahrenden aus; so erstreckt sie ihre Wirkung rückwärts auf die Zeit der eingelegten Verwahrung: die seit der Verwahrung auf den in Anspruch genommenen Gegenstand bestellten Unterpfänder verbinden daher jenen nicht; vorbehältlich jedoch der für den Fall des Art. 8. gegebenen Bestimmung.

Art. 78.

Wenn dagegen das angesprochene Recht dem Protestirenden in dem rechtskräftigen Urtheile nicht zuerkannt wird, so muß die Verwahrung im Unterpfands- oder Güterbuche gelöscht werden, und die bedingten Einträge und Verfügungen werden rückwärts unbedingt gültig."

In diesen Artikeln wird von den Verwahrungen gehandelt.

1) Natur einer Verwahrung im Allgemeinen.

Der Eintrag einer Verwahrung bezweckt stets die Sicherung und Erhaltung eines gewissen Rechtes auf die unbe-

wegliche Sache, in Beziehung auf welche er stattfindet. Die Verwahrung begründet kein Recht, sondern sie hat bloß die Bestimmung ein angesprochenes Recht zu schützen.

Auch hier kommt der Grundsatz der Specialität in Anwendung. Wie eine mit Unterpfand zu versichernde Forderung wenigstens der Summe nach zu bestimmen ist, ebenso muß ein zu verwahrender Anspruch ein bestimmter seyn, und sich auf einen gewissen Rechtsgrund beziehen, und wie ein Unterpfand nur auf bestimmt bezeichnete Gegenstände eingetragen werden kann, so muß auch der zu wahrende Anspruch auf ein bestimmtes unbewegliches Gut gerichtet seyn und eingetragen werden (2).

2) Gegenstand der Verwahrung.

Nach §. 62. des Entwurfes sollte eine Verwahrung nur zu Erhaltung eines dinglichen Rechtes eingetragen werden können. Auf den von der Kammer genehmigten Antrag der Kommission wurde die Zulässigkeit derselben auch auf persönliche Ansprüche, welche die Erwerbung oder Wiedererlangung eines Gutes bezwecken, ausgedehnt (3).

Gegenstand einer Verwahrung können demnach seyn:

a) Wirkliche dingliche Rechte, also

aa) gewöhnliche Eigenthumsrechte, z. B. der Ehefrau, Kinder, Erben, oder dessen, der sein Gut in die Verwaltung und Nutznießung eines Andern gegeben hat;

---

(2) Gönner Komment. S. 306.

(3) Die Kommission bemerkte hiebei, daß diese Wiedererlangung oder Erwerbung sonst durch Verpfändungen in der Zwischenzeit gar leicht vereitelt werden könnte. Kommiss. Antr. III., Ziffer VI. B. 2. Bericht §. 5. zu VI. C. 2. Das preussische Gesetz beschränkt das Recht, Protestationen einzulegen auf Realrechte, (Hypoth. Ordn. §. 291.) während das baier'sche Gesetz dasselbe ganz allgemein einräumt. §. 27.

bb) der Eigenthumsvorbehalt, soferne er nach dem neuen Gesetze überhaupt noch als solcher von Wirkung ist (4);

cc) die Nutznießungs- oder Leibgedingsansprüche, welche sich Jemand bei der Schenkung eines, oder mehrerer Güter ausbedungen hat, weil ihm im Falle der Nichterfüllung der von ihm gemachten Zweckbestimmung eine dingliche Rückforderungsklage zusteht (5);

dd) diejenigen Rechte, welchen eine auf ein Gut selbst gelegte Last entspricht, z. B. Gülten, Waidrechte, Jagdgerechtigkeiten ꝛc.;

ee) die fideikommissarischen Rechte der Agnaten, weil dieselben immer auf einem gemeinschaftlichen Eigenthum an den Stammgütern begründet sind, die Appanagen und Heurathgüter der Töchter, und das Wittum, wenn es durch Herkommen oder Familienvertrag auf die Güter radicirt ist (6);

ff) andere fideikommissarische Ansprüche.

b) Persönliche Ansprüche, sofern sie auf Erwerbung oder Wiedererlangung eines Gutes gehen. Dahin gehören:

aa) das Wiederkaufsrecht (7) (pactum de retrovendendo);

bb) die addictio in diem, wenn sie einem das

---

(4) Art. 45. Indessen bedarf es hier in der Regel keiner Verwahrung, sondern es wird sein Bewenden dabei haben, daß das unter einem wirklichen Eigenthumsvorbehalte übergebene Gut im Güterbuche noch nicht auf den neuen Besitzer umgeschrieben wird.

(5) l. 1. C. de donat. quae sub modo (8. 1.)

(6) Vergl. Kommiss. Ber. zu VI. C. 2. b.

(7) Thibaut §. 957.

Eigenthum übertragenden Geschäfte als Resolutivbedingung angehängt wurde (8);

cc) das Zurückforderungsrecht auf ein verkauftes Gut, welches wegen unmäßiger Verletzung von dem Verkäufer geltend gemacht werden will;

dd) der Anspruch auf die Uebergabe eines Gutes in Gemäßheit eines darüber abgeschlossenen Vertrags. Diesen Anspruch kann namentlich der Käufer gegen den Verkäufer machen, welcher ungeachtet des abgeschlossenen Kaufvertrages eine Sache nicht übergeben will, während doch das Eigenthum immer nur durch die Uebergabe erworben wird;

ee) das Rückforderungsrecht dessen, der unter irgend einer Zweckbestimmung geschenkt hat, wegen Nichterfüllung derselben (9);

ff) überhaupt jedes Rückforderungsrecht, welches von Jemand vermöge Anfechtung eines das Eigenthum eines Gutes übertragenden Vertrages angesprochen (10); so wie

gg) jeder Anspruch auf Erlangung eines unbeweglichen Eigenthums, welcher gegen den Juhaber vermöge seiner angeblichen persönlichen Verpflichtung geltend gemacht wird (11).

---

(8) Thibaut §. 958.

(9) Thibaut §. 130.

(10) Hiebei ist nicht zu vergessen, daß der Anspruch bescheinigt werden muß. Vergl. unten unter 3.

(11) Bei allen unter a) und b) genannten Fällen wird vorausgesezt, daß der gemachte Anspruch nicht zu einem definitiven Eintrage reif sey. Dagegen gehören die in Art. 82—85 aufgeführten Rechte hieher, soferne sie vermöge Mangels an vollkommenem Beweise nicht zu einem definitiven Eintrage geeignet sind.

c) Dagegen können diejenigen Rechte keine Verwahrung begründen, welche bloß persönlich sind, ohne auf Erwerbung oder Wiedererlangung eines unbeweglichen Eigenthumsrechtes zu gehen, z. B. Nutznießungsrechte, welche auf einem einfachen Vertrage beruhen, oder Gewährleistungsansprüche, da sie nicht auf Wiederverschaffung des evincirten Gutes, sondern nur auf Entschädigung gerichtet sind. Eben so wenig können Pacht oder Miethe Gegenstand einer Verwahrung seyn.

3) Formelle Bedingungen für den Eintrag einer Verwahrung.

a) Das Daseyn des Rechtes, welches gemacht werden soll, muß wenigstens bescheinigt werden, damit ein Eintrag in das Unterpfandsbuch stattfinden kann.

Gönner vergleicht diese Verwahrungen mit den provisorischen Verfügungen im Civilproceß, und zeigt, daß dieselben vermöge der Oeffentlichkeit des Unterpfandwesens nur eine eigene Gestalt gewinnen. Bei gewöhnlichen provisorischen Verfügungen, sagt er, müsse die Gefahr bescheinigt werden, hier aber liege sie in der Oeffentlichkeit des Buches und ihren Wirkungen selbst, dort werde ein provisorischer Rechtszustand durch den Richterspruch festgestellt, dem bloß noch ein Streit über den peremtorischen folgen könne, hier dagegen werde ein Recht nur für das Hypothekenwesen momentan gesichert ꝛc. (12).

In wie weit der zu verwahrende Anspruch bescheinigt werden müsse, läßt sich im Allgemeinen nicht wohl angeben, sondern wird dem Ermessen jeder Unterpfandsbehörde überlassen werden müssen.

Genug, daß kein voller Beweis erfordert wird. Erwägt man zugleich, daß Arrestanlegungen, bei welchen

---

(12) Komment. S. 300. 301.

auch nur Bescheinigung der Forderung erfordert wird, dem Gegentheile in der Regel weit mehr Nachtheil bringen müssen, als der Eintrag einer Verwahrung, und daß es sich bei dem lezten doch auch um Aufrechthaltung eines sonst vielleicht verlorenen Rechtes handelt, so wird man in Beziehung auf das Erforderniß der Bescheinigung nicht sehr streng seyn dürfen. Ohne diß wird jedes Beweismittel als zulässig erscheinen (13), und wenn der Gegentheil in den Eintrag der Verwahrung einwilligt, wird nicht einmal eine Bescheinigung nothwendig seyn.

b) Es fragt sich, ob der zu wahrende Anspruch ein gegenwärtiger seyn muß, oder ob er auch ein künftiger seyn kann. Diese Frage wird sich so beantworten lassen:

aa) Ist der Anspruch selbst zu der Zeit, da die Verwahrung eingetragen werden soll, noch nicht wirklich vorhanden, oder klagbar, aber bereits rechtlich so begründet, daß sein wirkliches Daseyn nur von dem Eintritte eines gewissen Umstandes, einer Bedingung abhängt, so wird, wenn die andern Erfordernisse nicht fehlen, der Eintrag einer Verwahrung gegründet seyn. So bei dem Wittum, bei dem Dotalitium, auf welche das Recht im Allgemeinen schon vor dem Tode des Mannes ꝛc. begründet ist, aber erst durch denselben verwirklicht wird. So auch bei der Schenkung unter einer Zweckbestimmung. Das Recht des Widerrufs auf den Fall der Nichterfüllung der leztern ist an

---

(13) Vergl. Art. 195. — Die preussische Hypothekenordnung fordert, daß der Realanspruch an und für sich durch unverdächtige Urkunden, oder sonst auf andere Art wenigstens einigermaßen bescheinigt werde §. 291. Gönner hält Urkunden für die geeigneten Beweismittel S. 310. Aber auch Zeugenaussagen, selbst wenn sie unbeschworen, und wenn alsdann der Zeugen nur mehrere sind, werden genügen.

sich schon begründet, tritt aber erst durch die wirkliche Nichterfüllung ins Leben. Dagegen kann

bb) eine Verwahrung schwerlich eingetragen werden für ein Recht, oder einen Anspruch, der zur Zeit noch nicht entfernt begründet ist, und dessen Entstehung überhaupt (nicht bloß die Verwirklichung oder Klagbarkeit) von einer gewissen Zeit, oder Bedingung abhängig ist. Denn die Befugniß, die Verwahrung eines Anspruches auf eine unbewegliche Sache eintragen zu lassen, kann nicht anders, als darauf beruhen, daß der Verwahrende, wenn sein Anspruch begründet ist, vermöge desselben das Recht hat, den Inhaber in der Verfügung über die Sache mehr oder weniger zu beschränken. Damit aber eine solche Beschränkung stattfinden könne, muß das Recht selbst bereits entstanden, wenn auch nicht schon klagbar seyn, und vermöge eines Anspruches, den Jemand künftig an einen Andern haben könnte, kann sie nicht geschehen.

Man wird vielleicht einwenden, daß auch für eine künftige Forderung ein Unterpfand bestellt werden könne. Allerdings, aber in der Regel nur durch die freie Uebereinkunft der Parthien; gegen den Willen des Eigenthümers aber nur in den wenigen Fällen, in welchen gewissen Personen gesetzliche Pfandrechtstitel für etwaige künftige Forderungen gegeben sind. Diese lezteren singulären Bestimmungen sind nicht auszudehnen.

Wenn aber der Innhaber einer Sache sich zu dem Eintrage einer Verwahrung für einen künftigen Anspruch freiwillig versteht, so kann dieser immerhin stattfinden, weil jeder sich in der Ausübung seiner Eigenthumsrechte nach Belieben beschränken kann.

4) Das Verfahren bei dem Eintrage einer Verwahrung und Wirkungen im Allgemeinen.

Das Gesuch um den Eintrag einer Verwahrung muß

bei der Unterpfandsbehörde angebracht werden, welche in Beziehung auf das in Frage kommende unbewegliche Gut competent ist, und diese hat darüber zu beschließen, ob dem angebrachten Gesuche stattgegeben werden solle, oder nicht, denn es kann nicht Sache des Ortsvorstehers oder Aktuars allein seyn, darüber zu erkennen, ob der gemachte Anspruch hinlänglich bescheinigt sey.

Es wird nun vor Allem nöthig seyn, denjenigen, gegen welchen die Verwahrung eingetragen werden soll, darüber zu vernehmen. Erkennt er das Recht des Ansuchenden als vollkommen begründet an, so bedarf es einer Verwahrung, welche immer nur provisorisch ist, nicht, sondern es ist Grund zu einem definitiven Eintrage vorhanden.

Bestreitet der Gegentheil zwar den Anspruch des Ansuchenden an sich, versteht sich aber zu dem Eintrage der Verwahrung, so findet dieser Statt, und das weitere Verfahren geht seinen gewöhnlichen Gang. Wenn derselbe aber auch zu dem Eintrage der Verwahrung seine Einwilligung nicht giebt, so kann die Behörde diesen Eintrag dennoch entweder sogleich verfügen, oder dem Anmeldenden das Beibringen einer besseren Bescheinigung aufgeben, oder ihn geradezu mit seinem Gesuche abweisen, in welchen beiden Fällen demselben der außergerichtliche Rekurs an die nächstvorgesezte gerichtliche Behörde zustehen wird (14).

Wenn die Verwahrung wirklich eingetragen wird, so muß die Frage, ob der Anspruch, auf welchen sie sich bezieht, gegründet sey, oder nicht, zu gerichtlicher Entscheidung gebracht werden, soferne sich nicht die Parthieen noch darüber vereinigen können. Während der Verhand-

---

(14) Vergl. Art. 170. 171. 239. folg.

lung kann daher der Besitzer des Grundstückes die dem gewahrten Anspruche nachtheiligen Verfügungen nur bedingt vornehmen, und wird endlich die Frage rechtskräftig entschieden, so hat diese Entscheidung nach Art. 77. 78. rückwirkende Kraft.

5) Nähere Bestimmung der Wirkungen einer eingetragenen Verwahrung.

Der Zweck einer Verwahrung ist, daß ein gewisses Recht erhalten werde. Hienach können alle diejenigen Verfügungen von dem Inhaber der Sache nur bedingt vorgenommen werden, welche jenem angesprochenen Rechte zuwiderlaufen. Dafür aber, wenn dieses der Fall sey, lassen sich keine bestimmten Regeln geben, sondern es kommt hiebei auf die Beurtheilung jedes vorliegenden Verhältnisses an. Im Allgemeinen läßt sich nur so viel sagen, daß wenn der gewahrte Anspruch sämmtliche Rechte auf eine Sache umfaßt, der Inhaber ganz keine Verfügung über dieselbe unbedingt, — dagegen aber, wenn die Verwahrung nur auf einzelne Rechte an einer Sache geht, — nur diejenigen Verfügungen nicht unbedingt vornehmen kann, welche dem Anspruche auf jene einzelnen Rechte zuwiderlaufen. Wird also eine Verwahrung wegen eines angesprochenen Eigenthumsrechtes eingetragen, so kann der Inhaber der Sache alle diejenigen Verfügungen, welche nur einem Eigenthümer zustehen, bloß bedingt vornehmen, handelt es sich aber von einem einzelnen Anspruche, z. B. von einem Heurathguts- oder Wittumsanspruche, so muß eine Verfügung über die Sache nur insoferne bedingt seyn, als sie diesem Anspruche entgegensteht.

Wird nun über den Anspruch gerichtlich entschieden, und diese Entscheidung fällt

aa) zum Vortheile des Verwahrenden aus, so daß der seinem Begehren gemäß eingetragene Anspruch auf

eine Sache für begründet erkannt wird, so wird es angesehen, als ob derselbe zur Zeit des Eintrages schon vollkommen hergestellt gewesen wäre, und alle und jede Verfügungen, welche der Inhaber der Sache im Widerspruche mit demselben vorgenommen hat, werden dermaßen ungültig, daß der Verwahrende dadurch auf keine Weise gebunden oder verpflichtet ist. Nur dann, wenn das Eigenthum der Sache gegen Erstattung oder Bezahlung eines Kaufpreises an ihn zurück fällt, hat er mit diesem Kaufpreis denjenigen zu befriedigen, welchem in der Zwischenzeit ein Unterpfand auf die Sache bestellt worden ist (15). Fällt aber

bb) die gerichtliche Entscheidung gegen den Verwahrenden aus, oder wird dessen Anspruch für unbegründet erkannt, so ist es anzusehen, als ob gar nie eine Verwahrung dißfalls eingetragen worden wäre, und alle diejenigen Verfügungen, welche der Inhaber der Sache in der Zwischenzeit bedingt vorgenommen hat, gelten als schon damals unbedingt vorgenommen. Wenn daher eine Verwahrung auf ein Haus den 1. Juli eingetragen, dasselbe den 1. August verpfändet, und den 1. September über die Unstatthaftigkeit des gewahrten Anspruches gerichtlich erkannt wird, so wird das Unterpfand als am 1. August so unbedingt bestellt angesehen, daß von diesem Tage an sein Zeitvorzug läuft.

6) Von Gegenbemerkungen.

Wenn Jemand den Eintrag einer Verwahrung auf ein Gut bewerkstelligt, so kann es für den Inhaber des Gutes von Interesse seyn, eine Gegenbemerkung in dem Unterpfandsbuche eingetragen zu wissen. Denn es kann leicht geschehen, daß ein dritter Interessent sich die Ein-

(15) Vergl. Art. 8.

sicht des Unterpfands- oder Güterbuchs verschafft und durch die eingetragene Verwahrung über die Umstände des Inhabers zweifelhaft wird, ohne daß dieser, als abwesend, sich rechtfertigen kann. Eine solche Gegenbemerkung wird daher immerhin zu gestatten seyn, da sie von Wichtigkeit seyn kann und durch unser Gesetz nicht ausgeschlossen ist. Nur kann sie den durch die eingetragene Verwahrung begründeten Rechten keinen Eintrag thun (16), und weitere replicirende und duplicirende Bemerkungen können nicht zugelassen werden, da die öffentlichen Bücher diese Bestimmung nicht haben.

7) Von dem Löschen der eingetragenen Verwahrungen.

Die Löschung kann stattfinden, entweder wenn der gewahrte Anspruch vermöge rechtskräftigen Urtheils für unstatthaft erkannt wird, oder wenn der Verwahrende außerdem seine Einwilligung dazu giebt. Sie wird ferner begründet seyn, wenn der Verwahrende zu Ausführung seines Rechtes einen peremtorischen Termin unter dem Rechtsnachtheile des Ausschlusses erhalten und diesen versäumt hat. Diesen Rechtsnachtheil nun könnte eigentlich nur die Gerichtsstelle androhen und aussprechen, welche zu Entscheidung der Sache zuständig ist, Gemeinderäthe also nur, wenn der Werth des gewahrten Anspruches ihre Zuständigkeit nicht übersteigt. Allein für diejenigen Fälle, in welchen nach gemachtem Eintrag einer Vormerkung der Anspruch auf wirkliche Pfandbestellung gerichtlich oder außergerichtlich weiter zu rechtfertigen ist, wird ganz allgemein die Unterpfandsbehörde in Art. 197 und 201 angewiesen, dem Anmeldenden eine Frist hiezu unter dem Rechtsnachtheile der Löschung anzuberaumen, und bei eingetrete-

(16) Vergl. Gönner Komm. Band I. S. 308. 309.

ner Versäumniß die Vormerkung wirklich zu löschen, und in Art. 219, 220 ist in Beziehung auf Vormerkungen und Verwahrungen zugleich bestimmt, daß sie gelöscht werden sollen, wenn der eingetragene Anspruch nicht in der von der Unterpfandsbehörde festgesezten Frist verfolgt worden sey. Demnach ist also die Unterpfandsbehörde immer für einen solchen Ausspruch zuständig.

„b) Sicherstellung von Pfandrechtstiteln.

Art. 79.

Eben diese Wirkung tritt bei einem in Anspruch genommenen Pfandrechtstitel ein.

Ist dieser Titel gehörig bescheinigt, so kann, wenn gleich zur Zeit entweder das Recht selbst noch bestritten wird, oder bloß die Summe der zu versichernden Forderung noch nicht ausgemittelt, oder sonst irgend eine Ergänzung erforderlich ist, dieses Streites oder Mangels ungeachtet, das Pfandrecht einstweilen sogleich vorgemerkt werden. Wird der Anspruch in der Folge für begründet erkannt, oder der Anstand beseitigt; so ist das Unterpfand als zur Zeit der eingetragenen Vormerkung erworben zu betrachten.

Art. 80.

Zu Begründung dieser Wirkung wird jedoch erfordert, daß die Vormerkung auf ein bestimmtes Vermögensstück geschehen sey.

Daher kann die allgemeine, auf künftige Erwerbungen sich beziehende Vormerkung eines Pfandrechtstitels, welche nach Art. 32 und 35 ausschließend den Ehefrauen und den Kindern eingeräumt ist, der Gültigkeit und Wirksamkeit später bestellter Unterpfänder nicht nachtheilig

seyn, wenn hierbei eine solche Vormerkung nicht beachtet worden seyn sollte.

Art. 81.

Ein nicht vorgemerkter Pfandrechtstitel kann zum Nachtheil eines in das Unterpfandsbuch eingetragenen Pfandgläubigers, so wie gegen den in das Güterbuch eingetragenen neuen Erwerber nicht geltend gemacht werden (Vergl. Art. 45). In dieser Beziehung findet auch die im Art. 89 bestimmte Ausnahme keine Anwendung."

---

1) Die meisten über Verwahrungen vorgetragenen allgemeinen Sätze finden auch hier ihre Anwendung.

Es kann Jemand die Bestellung eines Unterpfandes für eine Forderung anzusprechen haben, und diese Unterpfandsbestellung ist noch nicht möglich, indem irgend ein Anstand über den Grund, oder die Größe des Anspruches obwaltet. In der Zwischenzeit nun, bis dieser Anstand gehoben ist, könnten leicht andere Pfandrechte, oder sonstige Ansprüche auf das Gut eingetragen werden, wodurch jener frühere Anspruch auf Unterpfandsbestellung ganz, oder doch theilweise vereitelt werden würde. Um nun den Anmeldenden hiegegen sicher zu stellen, wird ihm gestattet, den Eintrag einer Vormerkung seines Anspruchs zu bewirken.

2) Vorkommende Fälle.

Die Fälle, in welchen es statt der wirklichen Bestellung des Unterpfandes bei einer Vormerkung sein Bewenden haben muß, können verschiedener Art seyn.

a) Die Forderung selbst, für welche die Unterpfandsbestellung verlangt wird, ist bestritten.

b) Die Forderung selbst ist zwar anerkannt, aber das

Recht des Anmeldenden auf Unterpfandsbestellung in Abrede gezogen. Diß kann der Fall seyn, wenn der Gutsinhaber die Gültigkeit einer leztwilligen Verordnung, nach welcher Unterpfandsbestellung stattfinden soll, oder die Gültigkeit, oder selbst das Daseyn eines darüber abgeschlossenen Vertrags bestreitet (1).

c) Die Forderung sowohl, als der Pfandrechtstitel ist anerkannt, aber derjenige, welcher beide geltend macht, kann die Legitimation zur Sache noch nicht gehörig herstellen, d. h. er kann nicht genügend beweisen, daß er die Forderung auf eine rechtmäßige Weise erworben habe.

d) Der Schuldner ist abwesend, und äußert sich ungeachtet der an ihn geschehenen Aufforderung nicht über den Verpfändungsantrag (2).

e) Die Forderung ist der Summe nach noch unbestimmt.

3) Erfordernisse für den Eintrag einer Vormerkung und Verfahren.

a) Bescheinigung. Wenn der Inhaber des Gutes, auf welches eine Vormerkung eingetragen werden soll, in den Eintrag willigt, oder denselben wohl gar selbst verlangt, was er etwa zum Besten seiner Frau, seiner Kinder, oder eines Bekannten zu thun sich veranlaßt sehen könnte, so kann der Eintrag ohne Weiteres statt-

---

(1) Wenn bei einem für eine anerkannte Forderung geltend gemachten gesetzlichen Pfandrechtstitel bloß die Anwendung des Gesetzes von dem Gutsinhaber streitig gemacht wird, so kann in ganz klaren Fällen die Pfandbestellung doch geschehen, so daß es keiner Vormerkung bedarf. Art. 198.

(2) Vergl. Art. 199. Nur wenn die in diesem Artikel angegebenen Bedingungen vorhanden sind, findet ein wirklicher Eintrag Statt.

stattfinden, sobald der Gutsinnhaber überhaupt seinen Willen auf eine gültige Weise erklärt hat (3). Giebt derselbe aber seine Einwilligung zu dem Eintrage einer Vormerkung, wie meistens geschehen wird, nicht, so muß der Anspruch des Anmeldenden bescheinigt werden, damit dieser Eintrag stattfinden könne. Welche Bescheinigung im Allgemeinen und in besondern Fällen nöthig sey, ist in Art. 195. 196. 199. bestimmt.

b) Specialität. So wie Verwahrungen auf ein bestimmtes Gut eingetragen werden müssen, so auch Vormerkungen. Ja man wird behaupten müssen, daß bei den lezteren ebenfalls der Eintrag einer bestimmten Summe des Anspruches erforderlich sey, wenn nicht gerade in dem Umstande, daß diese Summe nicht angegeben werden kann, der Grund dafür liegt, daß statt des wirklichen Unterpfandes eine Vormerkung eingetragen werden muß. Also muß eine bestimmte Summe in den unter 2. a—d angegebenen Fällen stattfinden, wenn nicht zugleich auch etwa der Fall 2. e eintritt.

c) Das Verfahren bei dem Eintrage der Vormerkungen ist in Art. 195—200 näher bestimmt.

4) Wirkung der eingetragenen Vormerkung. Wenn der Anspruch, auf welchen eine Vormerkung eingetragen wurde, später von dem Gutsinnhaber als begründet anerkannt, oder wenn von der Unterpfandsbehörde, oder aber von dem zuständigen Gerichte die Gültigkeit und der Bestand des Unterpfandes bestätigt wird, so wird es angesehen, als ob dasselbe schon zu der Zeit, da die Vormerkung geschehen ist, als vollkommen rechtsbeständig eingetragen worden wäre. Es folgt hieraus, daß nicht nur alle seit diesem Zeitpunkte eingetragenen Verwahrungen

(3) Gönner Komm. Bd. I. S. 326.

anderer Rechte (4) und Verpfändungen, sondern auch wirkliche Verfügungen über die Sache z. B. eine vorgenommene Veräußerung der Sache dem zwar später bestätigten, aber früher schon vorgemerkten Pfandrechte keinen Ertrag thun können. Wenn namentlich ein Unterpfand den 1. Julius vorgemerkt, den 1. August ein anderes Unterpfand auf die nämliche Sache wirklich eingetragen, und den 1. September erst der am 1. Julius vorgemerkte pfandrechtliche Anspruch für begründet erkannt wird, so datirt sich das anfangs nur vorgemerkte Unterpfand vom 1. Julius und geht somit dem am 1. August bestellten der Zeit nach vor.

Wird dagegen der vorgemerkte Anspruch für unbegründet erkannt, so wird die Vormerkung gelöscht, und es wird angesehen, als ob dieselbe nie geschehen wäre, so daß alle von dem Gutsinnhaber vorgenommenen Handlungen in dieser Hinsicht unbedingt gültig sind.

5) Von den Gegenbemerkungen.

Wenn eine pfandrechtliche Vormerkung auf das Gut eines Mannes eingetragen ist, so kann es um seines Kredits willen und besonders auf den Fall, daß andere Interessenten in Beziehung auf seinen Vermögenszustand die öffentlichen Bücher ohne sein Wissen einsehen, von Wichtigkeit seyn, daß von ihm eine Verwahrung gegen die Ansprüche des vorgemerkten Gläubigers eingerückt werde. — Der Eintrag einer Protestation gegen eine Vormerkung ist daher auch in dem baier'schen Gesetze (§. 48.) gestattet. Ob nun gleich in unserem Gesetze die nämliche Gestattung nicht ausgedrückt ist, so ist eine solche Gegenbemerkung seinem Geiste nicht entgegen und dem Wesen der Oeffentlichkeit angemessen. Nur versteht sich auch hier, wie bei

(4) Gönner S. 327.

Einträgen gegen Verwahrungen von selbst, daß die öffentlichen Bücher durch weitere Einträge nicht mißbraucht werden dürfen.

Zu Art. 81.

Wenn sich Jemand, sey es nun durch Vertrag, oder lezten Willen oder das Gesetz berechtigt gluubt, Unterpfandsbestellung zu fordern, und von diesem Rechte nicht den geeigneten Gebrauch gemacht hat, so daß nicht einmal eine Vormerkung seines Anspruches geschehen ist, so kann er diesen gegen diejenigen, welche nachher Unterpfänder auf das nämliche Gut erhalten, oder es erworben haben, nicht mehr geltend machen. Blieb freilich das Gut in den Händen dessen, gegen welchen er den Anspruch zu machen hatte, so wird er von demselben, soferne sein Anspruch nicht vermöge besonderer Gründe erloschen ist, auch später noch Unterpfandsbestellung verlangen können, aber das nun erhaltene oder doch vorgemerkte Unterpfand steht denjenigen nach, welche indessen bestellt, oder vorgemerkt worden sind.

Zwar ist in Art. 89. gesagt, daß gegen den Nachtheil, welcher aus der Versäumniß eines Berechtigten entstehe, unter Voraussetzung der allgemeinen Bedingungen alsdann Wiedereinsetzung in den vorigen Stand stattfinden könne, wenn der Gläubiger das nicht vorgemerkte Recht gekannt habe, oder der Wiedereinsetzung ungeachtet befriedigt werden könne. Allein für den vorliegenden Fall soll auch dieses lezte Mittel dem Versäumenden nach der ausdrücklichen Bestimmung des vorliegenden Artikels nicht zu Statten kommen.

---

c) „Sicherstellung besonderer Vorzugsrechte.

Art. 82.

Die in den Art. 74 — 79 aufgestellten Grundsätze treten auch alsdann ein, wenn einem Gläubiger, welchem

mit andern Gläubigern auf eben derselben Sache ein Unterpfandsrecht zusteht, entweder ursprünglich (Art. 97.) oder erst später (Art. 104.) ein besonderer Vorzug eingeräumt worden ist, soferne derselbe dieses Vorzugsrecht auch gegenüber von künftigen Cessionarien oder Faustpfandgläubigern desjenigen, welcher ihm solches eingeräumt hat, sicherstellen will."

Dieser Artikel ist schon zu Art. 72. unter Ziffer 1. erläutert worden. — Es handelt sich in ihm zunächst von einem definitiven Eintrag des erworbenen Vorzugsrechtes. Wenn jedoch über dessen wirklichen Erwerb erst ein Streit entstünde, indem der Gegentheil eine deßhalb getroffene Uebereinkunft in Abrede zöge, oder nachher als ungültig anföchte, so wäre nur die Veranlassung zu dem Eintrage einer Verwahrung vorhanden. So auch bei den in den folgenden Artikeln, zu einem Eintrage geeigneten Rechten.

---

d) „Sicherung der Rechte des Eintritts in die Stelle eines befriedigten Gläubigers.

Art. 83.

Auf welche Weise und in welcher Richtung das, entweder auf dem Gesetze oder auf besonderer Uebereinkunft mit dem Schuldner beruhende Recht des Eintritts in die Stelle eines befriedigten Gläubigers, in dem Unterpfandsbuche bemerkt werden müsse, ist in den Art. 105 — 111 festgesezt.

Hierüber sind Art. 72. und die Erläuterung unter Ziffer 4., ferner Art. 111. und dessen Erläuterung zu vergleichen.

---

e) „Sicherstellung der Rechte der Cessionarien und Faustpfandgläubiger.

Art. 84.

Der Cessionar einer mit Unterpfändern versehenen Forderung, so wie derjenige, welchem eine solche verpfändet wird (Art. 4.), hat zur Sicherstellung seiner Rechte die Eintragung der Cession oder Verpfändung in das Unterpfandsbuch zu bewirken.

Ist die wirkliche Eintragung noch einem Anstande unterworfen (Art. 202.); so findet auf den Antrag des Betheiligten eine vorläufige Bemerkung in dem Unterpfandsbuche mit der in dem Art. 77 u. 78 bezeichneten Wirkung Statt.

Art. 85.

Versäumen Cessionarien oder Faustpfandgläubiger die Eintragung ihres Rechtes im Unterpfandsbuche zu bewirken, so müssen sie die auch nach der Erwerbung dieses Rechts von dem ursprünglichen Gläubiger hinsichtlich der Hauptforderung oder der Unterpfänder getroffenen Verfügungen, vorbehältlich der Entschädigungsansprüche an denselben, gegen sich anerkennen; es wäre dann, daß dem Schuldner oder dem betheiligten Dritten etwas Betrügliches dabei zur Last fiele.

Namentlich kann eine dem ursprünglichen Gläubiger in gutem Glauben geleistete Zahlung von jenen nicht angefochten werden.“

Die in Art. 85. ausgedrückten Folgen, welche mit einer Versäumniß der Cessionarien oder Faustpfandgläubiger möglicher Weise verknüpft seyn können, sind sehr bedeutend, und ihre Ansprüche können durch die Verfügungen des ursprünglichen Gläubigers leicht ganz vereitelt werden.

In Beziehung auf die Forderung selbst kann derselbe Zahlung annehmen, oder er kann sie einem Vierten abtre-

ten, welcher den dadurch erworbenen Anspruch im Unterpfandsbuche eintragen läßt, er kann von der Forderung einen Theil nachlassen, oder dieselbe weiter verpfänden.

Das Unterpfand selbst kann der ursprüngliche Gläubiger löschen lassen, oder dessen Zeitvorzug einem später auf dieselbe Sache versicherten Gläubiger einräumen.

Ist nun die Person, mit der der ursprüngliche Schuldner ein solches, einen Betrug eines Cessionars oder Faustpfandgläubigers enthaltendes Geschäft abgeschlossen hat, des Betruges theilhaftig, so hat das Geschäft freilich für die leztere keine Wirkung. Dagegen bleibt ihnen, wenn der Dritte an dem Betruge keinen Theil genommen hat, nichts übrig, als eine Entschädigungsklage gegen den ursprünglichen Gläubiger, welche erfolglos ist, sobald derselbe gar kein, oder nur so viel Vermögen hat, daß es von den Ansprüchen bevorrechteter Gläubiger aufgezehrt wird.

---

f) „Sicherstellung der Einreden des Schuldners.

Art. 86.

Gegenüber von dem ursprünglichen Gläubiger und dessen Erben wird der Schuldner seiner Einreden in Ansehung der durch Unterpfänder versicherten Forderung in keinem Falle verlustig, und es kann die Unterlassung der Eintragung dieser Einreden in das Unterpfandsbuch, mögen solche schon zur Zeit der Pfandbestellung begründet, oder erst nachher entstanden seyn, dem Schuldner in jener Beziehung, den hiernach (Art. 87.) erwähnten Fall ausgenommen, keinen Nachtheil bringen.

Art. 87.

Insbesondere kann bei Gelddarlehen der Schuldner, wenn die vertragsmäßige Summe vom Gläubiger noch nicht, oder nicht ganz entrichtet ist, auch nach der Ein-

tragung sich wegen des nicht empfangenen Geldes verwahren. Doch muß er, soll der Beweis der Bezahlung auf den Gläubiger fallen, diese Verwahrung innerhalb dreißig Tage in dem Unterpfandsbuche vormerken lassen, oder innerhalb dieser Zeit im gerichtlichen Wege deßhalb eine Einrede vorbringen. Die erwähnte Frist lauft von dem Tage der Ausfertigung des Pfandscheins. (Art. 14.)

Ist die Verwahrung in dem Unterpfandsbuche innerhalb der Frist nicht erfolgt, so findet nach Verfluß der Letztern die Einrede nur mit der Wirkung Statt, daß solche von dem Schuldner erwiesen werden muß.

Art. 88.

Gegen einen Dritten hingegen, welcher die eingetragene Forderung durch lästigen Rechtstitel und in gutem Glauben erworben hat, oder welchem sie unter gleicher Voraussetzung verpfändet worden, können von dem Schuldner Einreden wider die ursprüngliche Richtigkeit der Forderung so wie später entstandene Einreden, namentlich der Zahlung oder der Kompensation, nur dann geltend gemacht werden, wenn solche in dem Unterpfandsbuche zur Zeit des Eintrags der Erwerbung durch den Dritten, vorgemerkt sind oder von dem Schuldner auf die Benachrichtigung von dem Vorhaben dieser Eintragung gleichbald angezeigt worden."

Das Gesetz bestimmt in diesem Abschnitte, unter welchen Bedingungen und Voraussetzungen der Pfandschuldner gegen den Gläubiger selbst, dem das Unterpfand bestellt worden ist, oder aber gegen einen Dritten, der die Forderung erworben hat, oder dem sie verpfändet worden ist, Einreden vorbringen könne.

Es ist dem Geiste und Zwecke des Gesetzes angemessen, das Vorbringen von Einreden gegen dritte Erwerber einer pfandrechtlich versicherten Forderung ebenfalls von der Bedingung des Eintrages in das Unterpfandsbuch abhängig zu machen, damit der Erwerb solcher Forderungen mit Sicherheit geschehen und dadurch der Verkehr im Allgemeinen gedeihen kann. Es ist ferner angemessen, diese Beschränkung nicht zum Vortheile desjenigen Dritten gereichen zu lassen, der eine Forderung gewinnmäßig (titulo lucrativo) erworben hat, weil er, wenn ihm auch Einreden mit Erfolg entgengesezt werden, dadurch keinen wirklichen Schaden (damnum emergens) sondern nur den Verlust eines Gewinns erleidet.

Bei den gegen den ursprünglichen Pfandgläubiger vorzubringenden Einreden wird mit Recht zwischen denen unterschieden, bei welchen der Beweis ihm, und denen, bei welchen der Beweis dem Pfandschuldner obliegt. Jene sind beschwerlicher für den Gläubiger, und, ohne Beschränkung eingeräumt, störend für die Sicherheit des Unterpfandswesens. Sie sind daher an einen kürzeren Termin gebunden, während es in Beziehung auf die andern Einreden bei den gewöhnlichen Regeln sein Bewenden haben kann.

Zu Art. 86. 87.

Von den Einreden des Schuldners gegen den ursprünglichen Gläubiger und dessen Erben.

Die Einreden des Schuldners können sich entweder auf die Pfandbestellung selbst oder auf die Forderung, für welche das Pfand bestellt worden ist, beziehen. Unter den lezteren verdient die Einrede der Verjährung einer besondern Erwähnung und die Einrede des nicht em-

pfangenen Geldes ist in dem Gesetze namentlich herausgehoben.

(1) Einreden gegen die Pfandbestellung.

Unser Gesetz sagt nur, daß der Schuldner — — seiner Einreden in Ansehung der durch Unterpfänder versicherten Forderung nicht verlustig werde. Er wollte aber damit das Vorbringen von Einreden gegen die Gültigkeit der Pfandbestellung gewiß nicht ausschließen.

Diß hat zum Theile der baier'sche Gesetzgeber gethan, indem er bestimmte, daß wenn der Schuldner für eine an sich richtige Forderung die Eintragung der Hypothek, zu deren Vornahme er gültig vorgeladen worden, vor sich gehen lasse, er die eingetragene Hypothek aus dem Grunde, daß für dieselbe kein Rechtstitel vorhanden gewesen sey, nicht anfechten könne (1).

Diesen aus der einmal vorgenommenen Verpfändung für den Schuldner entstehenden Rechtsnachtheil stellt unser Gesetz nicht auf, und es muß somit bei den allgemeinen Grundsätzen sein Bewenden haben (2).

Wenn daher eine Pfandsbestellung vorgenommen worden ist, so können in Beziehung auf das Vorbringen von Einreden dagegen drei verschiedene Fälle eintreten.

a) Der vorgeladene Schuldner erscheint oder erklärt sich nicht und die Pfandsbestellung wird demungeachtet vorgenommen. Dadurch verliert er an sich seine

---

(1) §. 16. Vergl. Gönner Komm. B. 1. S. 227. folg.

(2) In Art. 199. ist zwar bestimmt, daß wenn der Schuldner sich auf zweimalige Aufforderung über den Verpfändungsantrag nicht erkläre, das Unterpfand in gewissen Fällen eingetragen werden solle. Allein damit sind die Einreden des Schuldners nicht ausgeschlossen.

Einreden dagegen noch nicht. — Wäre er aber auch vermöge eines Beschlusses der Behörde unter Androhung dieses Rechtsnachtheiles vorgeladen worden, so würde er immer nach Beschaffenheit der Umstände einwenden können, 1. daß die Vorladung nicht gehörig an ihn ergangen sey, 2. daß ihn der angedrohte Rechtsnachtheil wegen seiner persönlichen Verhältnisse nicht treffen, oder daß er Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, z. B. wegen Minderjährigkeit ansprechen könne, 3. daß die über die Unterpfandsbestellung erkennende Behörde nicht zuständig gewesen, oder 4. die Pfandbestellung wegen irgend eines andern wesentlichen Mangels nichtig sey.

b) Der Schuldner verweigert seine Einwilligung zu der Unterpfandsbestellung und bestreitet dem Gläubiger das Recht darauf. Würde nun das Unterpfand dennoch bestellt, ohne daß über den d rüber entstandenen Streit zuvor gerichtlich entschieden wäre, oder würden mit Uebergehung einer gerichtlichen Entscheidung auf den Grund der Bestimmungen des Art. 199. diese Bestimmungen unrichtiger Weise angewendet, so könnte der Schuldner die Unterpfandsbestellung aus dem ersten, oder zweiten Grunde als ungültig anfechten.

c) Der Schuldner erscheint und giebt seine Einwilligung zu der Pfandbestellung. Auch in diesem Falle wird er nachher Einreden dagegen vorbringen können, wenn er vermöge seiner persönlichen Eigenschaften (als Minderjähriger, Frauensperson) nur unter gewissen, in dem gegebenen Falle nicht beobachteten Bedingungen einwilligen konnte, oder wenn seine Einwilligung aus andern in dem Vertrage selbst liegenden Gründen (wegen Betrugs, Irrthums ꝛc.) als ungültig angefochten werden kann.

2) Von den Einreden gegen die Forderung selbst.

a) Im Allgemeinen. Die Einreden, durch welche eine Forderung ganz oder theilweise aufgehoben wird, verliert der Schuldner durch die Unterpfandsbestellung in der Regel nicht gegen den ursprünglichen Gläubiger, und wenn er sie nur in anderer Hinsicht mit Erfolg geltend zu machen im Stande ist, so befreit er dadurch ganz oder theilweise nicht nur sich selbst von der persönlichen Verbindlichkeit, sondern auch sein Gut von der Last des Unterpfandes. Hieher gehören die Einreden des Betrugs, des Zwanges, der geschehenen Zahlung, der Kompensation, des macedonianischen und vellejanischen Rathschlusses u. a. m.

Es giebt jedoch Fälle, in welchen durch das Bestellen eines Unterpfandes für eine Forderung die Einreden gegen dieselbe verloren gehen, so oft nämlich in der Pfandbestellung ein Anerkenntniß des Pfandbestellers und ein Verzicht auf die ihm gegen die Forderung des Andern zustehenden Einreden liegt. Ein solcher Verzicht wird aber nur dann anzunehmen seyn, wenn eine Einrede gegen die nun pfandrechtlich versicherte Forderung zugleich mit dieser Forderung und aus dem nämlichen Geschäfte entstand und wenn sie zugleich dem Schuldner zur Zeit der Unterpfandsbestellung bekannt war. Dagegen läßt sich die Annahme eines Verzichtes ohne besondere Gründe nicht auf Einreden ausdehnen, welche dem Schuldner zur Zeit der Pfandbestellung unbekannt waren und eben so wenig auf solche, welche erst später, oder aus einem andern Rechtsverhältnisse für ihn entstanden sind.

Die aus dem Bestellen eines Unterpfandes für eine Forderung hervorgehende Annahme des Verzichtes auf die Einreden dagegen, haben die römischen Gesetze für einige

Fälle ausdrücklich und auf eine, mit den aufgestellten Regeln übereinstimmende Weise ausgesprochen. — Wenn ein Haussohn eine Schuld gemacht hat, und nach erlangter Selbstständigkeit ein Unterpfand dafür bestellt, so wird es angesehen, als habe er seine Verbindlichkeit anerkannt und auf die Einrede des macedonianischen Rathschlusses soweit, als der Werth des bestellten Unterpfandes reicht, verzichtet (3). — Ebenso verliert eine volljährige Frauensperson, weche gegen eine übernommene Bürgschaft die Einrede des vellejanischen Rathschlusses gehabt hätte, diese Einrede, wenn sie nach Verfluß von zwei Jahren die Bürgschaft genehmigt, oder, was einer ausdrücklichen Genehmigung gleichgesezt wird, ein Unterpfand dafür bestellt (4).

b) Von der Einrede der Verjährung.

In Beziehung auf diese Einrede wird man die Bestimmungen des Art. 73 und das gemeine Recht zusammenhalten müssen.

Wenn der Lauf der Verjährung vor der Bestellung des Unterpfandes nicht vollendet worden ist, so kann von der Einrede der Verjährung auf keinen Fall mehr die Rede seyn, weil der Lauf der Verjährung durch die Unterpfandsbestellung unterbrochen wurde.

Aber auch dann, wenn sich der Lauf der Verjährung vor Bestellung des Unterpfandes vollendete, wird eine darauf begründete Einrede wenigstens gegen das Unterpfandsrecht des Gläubigers nicht stattfinden, denn es ist zu Art. 73 gezeigt worden, daß durch die Verjährung nicht die Verbindlichkeit des Schuldners selbst, sondern

---

(3) l. 2. C. ad SCtum Macedon. (4. 28.) l. 9. pr. D. h. t. (14. 6.)

(4) l. 22. C. ad SCtum Vellej. (4. 29.)

nur die persönliche Klage des Gläubigers erlischt. Hat nun der leztere für die, wenn auch nicht mehr klagbare Forderung ein Unterpfand erhalten, so wurde ihm dadurch eine dingliche Klage erworben, welche, weil sie früher nicht vorhanden war, auch der Verjährung nicht unterworfen seyn konnte (5).

c) Von der Einrede des nicht empfangenen Geldes (Exceptio non numeratae pecuniae).

aa) Gemeines Recht. Wenn Jemand in einer Handschrift bekennt, auf dieselbe, (nicht schon vorher (6)), Geld oder Sachen (7) empfangen zu haben, so kann er, oder sein Bürge (8) sich gegen den auf den Grund dieser Handschrift Klagenden der Einrede des nicht empfangenen Geldes während zweier Jahre in der Masse bedienen, daß der Beweis der geschehenen Zahlung auf den Kläger fällt. Vor dem Abflusse der zwei Jahre kann die Handschrift mit einer persönlichen (9), und das gegebene Pfand mit einer dinglichen Klage (10) zurückgefordert, und zu Erhaltung der Einrede eine Verwahrung öffentlich eingelegt werden (11). Gegen Quittungen gilt diese Einrede nur dreißig Tage lang (12), gegen öffentliche Urkunden aber wohl gar nicht (13) auf diese Weise,

---

(5) Vergl. Art. 73 und dessen Erläuterung unter Ziffer 1.

(6) l. 7. C. de N. N. Pec. (4. 30.) Thibaut §. 1180. Günther §. 1059.

(7) l. 14. §. 4. eod.

(8) l. 12. 15. eod.

(9) l. 7. eod.

(10) l. 1. eod.

(11) l. 14. §. 4. eod.

(12) l. 14. §. 2. eod.

(13) l. 14. §. 1. eod. A. M. ist Lauterbach Coll. Lib. XX. 1. §. 69.

und nach Verfluß der angegebenen Zeit fällt der (durch Eideszuschiebung nicht zu führende (14)) Beweis auf den Aussteller des Schuldscheins (15).

Dem Schwiegersohne sind zu Geltendmachung der Einrede des nicht empfangenen Heurathgutes unter den nämlichen Umständen verschiedene Fristen gegeben (16).

bb) Gang der neuen Gesetzgebung.

Der Entwurf hatte ebenfalls schon die Beschränkung der Einrede des nicht empfangenen Geldes auf dreißig Tage, jedoch von der Eintragung des Unterpfandes an gerechnet, und mit der Wirkung aufgenommen, daß nach abgelaufener Frist die Einrede völlig verloren gehen solle (17), womit denn auch die Ausschußsätze (18) übereinstimmten.

Dagegen trug die Commission darauf an, zu bestimmen, daß die Einrede nach Ablauf der dreißig Tage nicht für den Schuldner verloren gehen, sondern nur der Beweis derselben auf ihn fallen, daß die Frist von Aushändigung des Pfandscheines laufen, und daß der Gläubiger alsdann den Beweis in jedem Falle führen solle, wenn in der Schuldverschreibung der Empfang des Geldes nicht als bereits erfolgt angeführt sey (19). Die erstere, nicht aber die lezte Bestimmung wurden von der Kammer angenommen und dieser Antrag von der Regierung genehmigt (20).

---

(14) l. 14. §. 3. eod.

(15) N. 18. C. 1. Mevius dec. IV. 266. Voet XII. 1. 33. Lauterb. cit. §. 81.

(16) l. 14. §. 1. eod. N. 100. Cap. 1.

(17) Entwurf §. 58.

(18) II. 26.

(19) Kommiss. Antr. XVII. 1. Bericht §. 17.

(20) Hauptantr. XV. 1. Verhandl. Heft X. S. 759—66. K. Rescr. zu Hauptantr. XV. 1. Darein, daß die Frist von

cc) Ueber das Verhältniß der neuen gesetzlichen Bestimmungen zu dem gemeinen Recht.

Es ist nicht wohl zu bezweifeln, daß es alsdann, wenn zwar auf den Empfang einer Summe Geldes oder einer Sache eine Handschrift ausgestellt, aber nicht zugleich ein Unterpfand gegeben worden ist, bei dem gemeinen Rechte lediglich sein Bewenden hat, und daß sich die neuen Bestimmungen bloß auf unterpfandrechtliche Verhältnisse beziehen. Die Hauptabweichungen des neuen Gesetzes für diese Verhältnisse bestehen nun darinne, daß 1. die Einrede des nicht erhaltenen Geldes binnen dreißig Tagen von Ausstellung des Pfandscheines an in das Unterpfandsbuch eingetragen, oder gerichtlich geltend gemacht werden muß, wenn der Beweis derselben nicht auf den Schuldner fallen soll, 2. daß der Verpfänder nicht bloß durch das gerichtliche Geltendmachen der Einrede, sondern auch durch Bewerkstelligung eines Eintrages darüber, die Beweislast auf immer von sich abwenden kann.

Bei Berechnung der dreißigtägigen Frist wird es hinreichen, daß vor dem Ablaufe derselben die Einrede bei der Unterpfandsbehörde angemeldet, wenn auch nicht sogleich eingetragen wird.

Wenn es die Behörde versäumte, auf das von dem Pfandbesteller angebrachte Gesuch einen Eintrag in das Unterpfandsbuch zu machen, so wird der Beweis, daß die Zahlung geschehen sey, dennoch dem ursprünglichen Gläubiger obliegen, sobald nur aus dem Gerichtsprotokolle, oder auf andere Weise dargethan werden kann, daß der Pfandbesteller die Einrede wirklich innerhalb der ge-

---

Ausstellung des Pfandscheins laufen solle, willigte die Regierung erst später.

setzlichen Zeit von 30 Tagen bei der Unterpfandsbehörde angemeldet habe. Würde freilich dieser Beweis der gehörig geschehenen Anmeldung von ihm nicht geführt werden können, so gienge die Beweislast auf ihn über, und er hätte es sich alsdann selbst zuzuschreiben, wenn er seinen Anspruch nicht mit gehöriger Sorgfalt gewahrt, und sein Recht auf Einsicht des Unterpfandsbuches nicht benüzt hätte, um sich davon zu unterrichten, ob der von ihm begehrte Eintrag wirklich geschehen sey, oder nicht.

Zu Art. 88.

Von den Einreden des Schuldners gegen einen Dritten.

1) Im Allgemeinen.

In Art. 88. wird bestimmt, unter welchen Bedingungen der Schuldner gegen einen dritten Erwerber, oder Faustpfandgläubiger einer versicherten Forderung Einreden vorbringen könne.

Nun gibt es viele Einreden, welche, ganz abgesehen von allem pfandrechtlichen Verhältnisse, niemals gegen Dritte geltend gemacht werden können, und es lassen sich hierüber folgende Regeln aufstellen:

a) Entsteht eine Einrede für den Schuldner aus dem nämlichen Geschäfte, aus welchem die Forderung entstand, ist sie unzertrennlich von der Verbindlichkeit an sich, (rei cohaerens) so kann sie auch gegen den dritten Erwerber der Forderung vorgeschüzt werden.

b) Beruht sie aber auf einem besondern Grunde, welcher nicht einen Theil des die Forderung bedingenden Rechtsgeschäfts ausmacht, auf einem besondern Rechtsverhältnisse des Schuldners zu seinem ersten Gläubiger, so ist sie persönlich und kann nur dann gegen den dritten Erwerber geltend gemacht werden, wenn dessen Erwerb

ge-

gewinnmäßig, nicht aber wenn er auf eine lästige Weise geschah (21).

Es scheint nun, daß die Einreden, welche einem dritten Erwerber im Allgemeinen nicht entgegengesezt werden können, auch in pfandrechtlichen Verhältnissen nicht gegen denselben statthaft seyen. Unser Pfandgesetz erweitert auch die Befugniß, Einreden gegen Dritte vorzubringen, nicht, sondern beschränkt sie vielmehr, so daß der Pfandschuldner nach Umständen seine Einreden nicht mehr vorbringen kann, während er diß als einfacher Schuldner könnte. Es handelt sich also in dem Folgenden davon, inwieferne es dem Pfandschuldner gestattet sey, die einem einfachen Schuldner zustehenden Einreden gegen einen dritten Erwerber der Forderung vorzuschützen, und was er zu Erhaltung dieser Einreden zu beobachten habe.

2) Bestimmungen des neuen Gesetzes.

Der Entwurf hatte die Vorschrift enthalten, daß die eingetragenen, oder die, wenn auch gegen den dritten Erwerber, binnen dreißig Tagen nach der Unterpfandsbestellung vorgebrachten Einreden, dem Schuldner erhalten bleiben, später entstandene, oder nicht eingetragene

---

(21) l. 7. §. 1. D. de except. (44. 1.) l. 4. §. 27—30. D. de except. doli (44. 4.) Es läßt sich nicht verkennen, daß es wohl dem Geiste des neuen Gesetzes angemessener wäre, zu sagen, daß alle und jede Einreden, welche dem Pfandschuldner gegen den ersten Gläubiger zustehen, auch gegen den dritten Erwerber der Forderung geltend gemacht werden können, wenn sie nur zu rechter Zeit eingetragen worden seyen, so daß der Pfandschuldner durch Uebertragung der Forderung auf einen neuen Gläubiger niemals in der Befugniß, Einreden vorzubringen, verlöre. Allein es läge hierinne eine Abweichung von dem gemeinen Rechte, welche aufzustellen, in Ermanglung einer besondern dißfallsigen gesetzlichen Bestimmung gewagt seyn dürfte.

Einreden aber gegen den Dritten, welcher die an ihn geschehene Cession habe vormerken lassen, nicht mehr sollen vorgeschüzt werden können (22).

Die Kammer schlug dagegen, zum Theile auf den Grund der Kommissionsanträge vor, zu bestimmen, daß wenn der Cessionar oder Faustpfandgläubiger eine Vormerkung seines Erwerbes verlange, die Behörde den Schuldner über seine Einwendungen befragen und dieselbe vormerken, und daß sofort die innerhalb drei Tagen von dem Schuldner nicht vorgebrachten Einreden, für denselben, gegenüber von dem dritten Besitzer in gutem Glauben verloren gehen sollen (23). Dieser Antrag gab, wenn auch nicht vollständig angenommen, doch Veranlassung zu der jetzigen Fassung des Gesetzes.

Die näheren Bestimmungen desselben sind nun zu entwickeln.

Der dritte Erwerber einer Forderung ist derjenige, welcher dieselbe vermöge eines besondern Rechtsgrundes und nicht als Gesammtnachfolger des ursprünglich Berechtigten (nicht als successor universalis) an sich bringt.

Die Einreden nun, welche gegen ihn geltend gemacht werden können, sind wieder entweder Einreden gegen die Forderung selbst, oder gegen die Unterpfandsbestellung.

a) In Beziehung auf die Einreden gegen die Forderung selbst ist zu unterscheiden:

aa) Hat der dritte Erwerber die Forderung auf eine unrechtmäßige Art, oder gewinnmäßig an sich gebracht,

---

(22) Entwurf §. 59. 60. Noch etwas weiter scheint der Ausschuß gegangen zu seyn. Vergl. die Ausschußsätze II. 28.

(23) Kommiss. Antr. XVII. 3. 4. Verhandl. Heft X. S. 765. folg. Hauptantr. XV. 2. 3. K. Rescr. hierauf.

so stehen dem Schuldner unbedingt alle diejenigen Einreden zu, welche er gegen den ursprünglichen Gläubiger hätte vorbringen können.

bb) Ist der Erwerb der Forderung durch einen Dritten zwar unter einem lästigen Titel, und auf eine rechtliche Weise geschehen, derselbe hatte aber schon bei seinem Erwerbe von den Einreden des Schuldners Kenntniß, so muß er auch diese Einreden, so weit damals seine Kenntniß davon gieng, gegen sich geltend machen lassen (24).

cc) Ist der Erwerb des Cessionars auf lästige Weise geschehen, und derselbe so in gutem Glauben, daß er nicht nur die Forderung zugleich auf eine rechtmäßige Weise erworben hat, sondern auch zur Zeit des Erwerbes mit den Einreden des Schuldners gegen die Forderung nicht bekannt war, so können dieselben von dem Schuldner nur dann gegen ihn geltend gemacht werden, wenn sie zu der Zeit, da die Forderung übertragen wurde, schon vorgemerkt waren, oder doch alsbald zur Vormerkung gebracht wurden. Damit indeß der Schuldner in den Stand gesezt werde, hiedurch seine Einreden zu erhalten, so soll ihm von der Abtretung der Forderung an einen Dritten und dem Eintrage darüber Nachricht gegeben werden. Ja diß scheint sogar eine wesentliche Bedingung zu seyn, indem das Gesetz den Schuldner seiner Einreden nur dann für verlustig erklärt, wenn er sie auf die von dem Eintrage eines Uebertrags der Forderung ihm gegebene Nachricht nicht anzeige.

Es wird hier vorausgesezt, daß der Schuldner diese Nachricht erhalten habe, und dadurch muß also auch der

---

(24) Vergl. die Erläut. zu Art. 72. a. E.

Verlust seiner Einreden im Versäumnißfalle bedingt werden.

Zu welcher Zeit nach erhaltener Nachricht der Schuldner die Anzeige seiner Einreden zu machen habe, ist nicht genau bestimmt. Diß soll gleichbald geschehen, und es ist wohl anzunehmen, daß schon eine geringe Versäumniß den Schuldner seines Rechtes verlustig macht.

Eine andere Frage ist, ob dem Schuldner auf öffentlichem Wege und von der Behörde Nachricht von dem Uebertrage einer Forderung und der Eintragung darüber Nachricht gegeben werden müsse, oder ob eine jede Benachrichtigung von Seiten des abtretenden Gläubigers, oder dritten Erwerbers hinreiche. Nach dem ständischen Antrage müßte die Benachrichtigung amtlich geschehen, in dem Gesetze selbst aber ist dieses Erforderniß nicht ausgedrückt und somit zu bezweifeln, daß es vorhanden sey.

Immer wird jedoch der dritte Erwerber, wenn er den später vorgebrachten Einreden des Schuldners begegnen will, den Beweis der demselben geschehenen Anzeige führen müssen, und so wird es jedenfalls zweckmäßig seyn, die Behörde zu diesem Schritte zu veranlassen, für welche es um so mehr Pflicht ist, darauf einzugehen, als dadurch mancher Rechtsstreit vermieden werden kann (25).

Von der Einrede des nicht gezahlten Geldes insbesondere.

Wenn der Schuldner von der Einrede des nicht erhaltenen Geldes gegen einen dritten Erwerber der pfandrechtlich versicherten Forderung Gebrauch machen will, so kömmt es in Hinsicht der Gültigkeit und Wirkung dieser Einrede auf die Verschiedenheit der Fälle an:

aa) Der Pfandbesteller hat die Einrede geltend ge-

---

(25) Vergl. auch Art. 151. 202.

macht, oder deren Eintrag veranlaßt, entweder ehe der Dritte die Forderung erwarb, oder doch zur Zeit dieser Erwerbung auf die an ihn deßhalb geschehene Nachricht. In diesem Falle kann er von der Einrede gegen den dritten Erwerber Gebrauch machen, jedoch nicht immer auf gleiche Weise. Ist nämlich

Erstlich die Einrede von ihm innerhalb der Frist von 30 Tagen von Ausstellung des Pfandscheines an gerechnet, angemeldet, und sofort eingetragen worden, oder hat auch der Eintrag derselben nicht stattgefunden, der Erwerber der Forderung aber bei seinem Erwerbe Kenntniß davon erhalten, daß die Anmeldung zu rechter Zeit geschehen sey, so ist die Einrede auch gegen diesen privilegirt, so daß er beweisen muß, die Zahlung sey wirklich erfolgt. Dagegen ist

Zweitens die Einrede nicht privilegirt, und der Beweis der nicht geschehenen Zahlung fällt auf den Pfandbesteller, wenn er die Einrede erst nach Ablauf der 30 Tage angemeldet, oder geltend gemacht hat.

bb) Der Pfandbesteller bringt die Einrede der nicht geschehenen Zahlung weder gegen den ersten Gläubiger, noch auf den bei dem Erwerbe der Forderung durch einen Dritten an ihn ergangenen Aufruf, sondern erst später vor. Alsdann muß er mit dieser Einrede, gleichwie mit jeder andern ganz abgewiesen werden.

b) Die Einreden gegen die Bestellung des Unterpfandes sind gegenüber von dem dritten Erwerber nicht den Beschränkungen unterworfen worden, wie die Einreden gegen die Forderung selbst. Der Schuldner wird daher alle sich auf die Pfandbestellung selbst beziehenden Einreden gegen den dritten Erwerber einer Forderung ebenso, wie gegen den ursprünglichen Gläubiger geltend machen können, sobald auf den Grund der Unterpfandsbestellung geklagt wird.

Wenn ein Dritter die Schuld oder Unterpfandsurkunde für eine Forderung als Faustpfand erhält, so treten die nämlichen Regeln ein, nur mit der Beschränkung, daß hier von einem lästigen Erwerbsgrunde nicht die Rede seyn kann, indem der Erwerb der Forderung nicht mit dem des Pfandrechtes zu verwechseln ist.

„IV. Allgemeine Bestimmung.

Art. 89.

Gegen den Nachtheil, welcher aus der Versäumniß eines Berechtigten entsteht, findet selbst unter Voraussetzung der allgemeinen Bedingungen, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht Statt; es wäre denn, daß der Gläubiger das nicht vorgemerkte Recht gekannt hätte, oder daß derselbe der Wiedereinsetzung ungeachtet dennoch befriedigt werden könnte."

Die in diesem Artitel enthaltenen Sätze sind schon in den Erläuterungen des dritten Kapitels besonders zu Art. 72. und 79—81. a. E. berührt worden, und bedürfen daher keiner weiteren Erklärung.

Viertes Kapitel.

„Von den Rechtsverhältnissen des Pfandgläubigers und des Schuldners.

Art. 90.

Durch das Unterpfand erlangt der Gläubiger das dingliche Recht, seine Befriedigung aus der für die Forderung verpfändeten Sache zu begehren. Er kann aber

auch unbeschadet seines Pfandrechts, die persönliche Klage aus dem in der Hauptsache eingegangenen Rechtsgeschäfte anstellen.

Erhält im ersten Falle der Gläubiger aus dem Unterpfande nicht seine vollständige Befriedigung; so bleibt ihm unbenommen, sich wegen des Ueberrestes mit der persönlichen Klage an den Schuldner oder an diejenigen zu halten, welche für die Forderung aus irgend einem Rechtstitel haften.

Auch findet die Verbindung der dinglichen Klage mit der persönlichen Statt.

(Vergl. übrigens Art. 86. 87. 88.)"

Bis jezt handelte das Gesetz von den allgemeinen Bedingungen und dem Erwerbe der Unterpfänder, von deren rechtlichem Bestande und der Oeffentlichkeit der sich darauf beziehenden Rechtsverhältnisse. — Nun geht es auf die eigentlichen Wirkungen über, welche mit Hinsicht auf die Rechtsverhältnisse des Gläubigers und Schuldners, der Gläubiger unter sich, uud der Gläubiger gegen Dritte in dem vorliegenden und den beiden folgenden Kapiteln vorgetragen werden.

Das Rechtsverhältniß zwischen dem Gläubiger und Schuldner erschöpft sich durch Angabe der Rechte und Verbindlichkeiten, welche in Rücksicht auf das Bestehen und die Erhaltung des Unterpfandes stattfinden sollen und der Art und Weise, wie der Gläubiger sein erworbenes Recht geltend machen kann, um zu seiner Befriedigung zu gelangen. Hieher gehören die Regeln von der Schuld- und Pfandklage, welche in dem vorliegenden Artikel enthalten sind.

1) Römisches Recht.

Die nach demselben aus dem pfandrechtlichen Verhältnisse entspringenden Klagen sind theils petitorische, theils possessorische.

Die petitorischen sind:

a) Die hypothekarische Klage, welche auch, indem sie ursprünglich nur dem Verpächter eines Grundstückes zustand, serviana, und soferne sie nachher auf jeden Gläubiger ausgedehnt wurde, quasi serviana genannt wird und eigentlich nur auf Herausgabe der verpfändeten Sache geht, wovon jedoch der Gerichtsgebrauch längst abgewichen ist (1), so daß jezt auch gemeinrechtlich auf Herausgabe der Sache oder Bezahlung geklagt werden kann.

b) Die actio pignoratitia, ein persönliches Rechtsmittel (2), welches als actio directa dem Schuldner und als contraria dem Gläubiger zusteht. Ursprünglich nur auf dem eigentlichen contractus pignoratitius beruhend, später aber auch auf hypothekarische Verhältnisse ausgedehnt, kann sie nur dann erhoben werden, wenn die verpfändete Sache aus irgend einem Grunde von der Pfandlast befreit worden ist(3); sie dient dazu, um die aus dem pfandrechtlichen Verhältnisse entstandenen persönlichen Rechte geltend zu machen, und geht daher auch nicht gegen dritte Personen (4).

Außerdem stehen dem Pfandgläubiger, wenn er den Besitz der ihm verpfändeten Sache ansprechen kann, alle possessorischen Rechtsmittel, besonders aber das ursprüng-

---

(1) Vergl. Thibaut §. 664.

(2) l. 13. pr. D. de pign. act. (13. 7.)

(3) l. 9. §. 3. 5. l. 11. §. 2. l. 20. §. 2. D. eod.

(4) l. 4. J. quib. mod. re contr. obl. (3. 15.) l. 11. §. 5. l. 13. §. 1. D. de pign. act. l. 34. D. de damno infecto (39. 2.) l. 9. D de reb. auctor. jud. (42. 5.) l. 7. C. de pign. act. (4. 24.) Gesterding S. 364. Westphal §. 258. Thibaut §. 662.

lich nur dem Verpächter eines Grundstücks, nachher aber jedem Gläubiger gegebene interdictum salvianum zu, dessen Zweck Einsetzung in den Besitz der verpfändeten Sache ist (5), und welches ebenfalls nicht gegen den dritten Besitzer geht (6).

2) Das neue Gesetz nnd dessen Verhältniß zu dem gemeinen Rechte.

Unser Gesetz behandelt die Pfandklage gegen den Schuldner und dessen Erben getrennt von der gegen den dritten Besitzer der verpfändeten Sache, und verbindet dagegen die Regeln von der persönlichen und dinglichen Klage gegen die ersteren. Der actio pignoratitia und des interdictum salvianum geschieht keine Erwähnung.

Indessen können auch jezt die gemeinrechtlichen Regeln über die hypothekarische Klage nicht ganz beseitigt werden und auch die actio pignoratitia wird noch ihre Anwendung finden, mag man nun den Namen beibehalten, oder nicht. Denn es kann auch jetzt noch geschehen, daß nach Beendigung des pfandrechtlichen Verhältnisses der Schuldner und Gläubiger persönliche Ansprüche an einander zu machen haben, welche zur Klage kommen (7).

Dagegen wird das interdictum salvianum keine Anwendung mehr finden. Denn wenn ein Gläubiger auch vermöge besonderen Vertrags, oder sonst aus einem Grunde den Besitz des ihm verpfändeten Gutes anzu-

---

(5) §. 4. J. de interd. (4. 15.) l. 1. C. de precario etc. (8. 9.)

(6) Vergl. Gesterding S. 359.

(7) Dieser Fall wird auch jezt immer noch häufig vorkommen. Man nehme nur, daß Immission stattgefunden habe, oder beim Faustpfande. Vergl. ferner Art. 71. des Exek. Gesetzes.

sprechen hat, so liegt dieses Recht nicht in dem Unterpfandsverhältnisse, er kann es nicht auf den Grund dieses Verhältnisses ausüben und somit auch kein Rechtsmittel zu Erlangung des Besitzes haben, welches unter andern Umständen von dem gemeinen Rechte dem Pfandgläubiger als solchem gegeben wird. — Daß aber der Gläubiger, welcher aus irgend einem Grunde den Besitz anzusprechen hat, sich der gewöhnlichen Interdikte bedienen kann, ist wohl nicht zu bestreiten.

3) Von der persönlichen und dinglichen Klage gegen den Pfandschuldner und deren Trennung und Verbindung.

Der ursprüngliche Unterpfandgläubiger und dessen Erben sowohl, als diejenigen Personen, welche die mit Pfandrecht versicherte Forderung aus einem besondern Rechtsgrunde an sich gebracht haben, können gegen den ursprünglichen Schuldner und dessen Erben mit einer persönlichen und dinglichen Klage auftreten.

Es ist nämlich gezeigt worden, daß der Pfandschuldner und Gläubiger in einem doppelten Verhältnisse zu einander stehen, in einem persönlichen Schuldverhältnisse und in einem dinglichen, welches durch die Verpfändung entsteht. Jedes dieser Verhältnisse bringt eine Klage hervor.

Durch unser Gesetz ist es nun dem Gläubiger nicht nur frei gegeben, diese oder jene Klage zuerst, und nachher die andere anzubringen (8), sondern es können auch beide Klagen verbunden, d. h. es kann von dem Gläubiger verlangt werden, daß der Schuldner ihn entweder bezahle, oder daß er aus der verpfändeten Sache befriedigt werde.

---

(8) Diß ist auch gemeinrechtlich. l. 8. C. de pign. et hypoth. (8. 14.) Donellus comm. ad hanc leg. „Non enim petitione, sed solutione debitores liberantur.“.

Diese Möglichkeit der Trennung oder Verbindung beider Klagen kann für den Gläubiger oft von Wichtigkeit seyn. Beide zugleich anzustellen, ist besonders bei ausbrechenden Konkursen räthlich, indem der Pfandgläubiger, wenn das ihm bestellte Unterpfand nicht hinreicht, vermöge der zurück gebliebenen persönlichen Ansprüche eine andere und zwar immer noch bevorzugte Stelle erhält. Ferner bekömmt der Gläubiger vermöge der Pfandklage bloß die Zinsen von den zwei verflossenen Jahren und kann die andern nur vermöge seines persönlichen Anspruches erlangen, auch können nach Bezahlung der Hauptsumme selbst jezt noch die Zinsen, welche der Schuldner nicht vermöge Vertrags, sondern wegen eines Verzuges oder Vergehens schuldig wird, nicht mehr besonders eingeklagt werden und sie würden also verloren gehen, wenn die Pfandklage bloß die Bezahlung der Hauptsumme herbeigeführt hätte (9).

Die Anstellung der bloß persönlichen Klage kann alsdann zweckmäßig seyn, wenn ein Schuldner der Zahlungsunfähigkeit verdächtig und dabei zu befürchten ist, daß das verpfändete Gut für die einzuklagende Forderung nicht hinreichen möchte. Vielleicht ist es noch möglich, den Schuldner mit der persönlichen Klage dahin zu bringen, daß er dem Gläubiger seine Befriedigung verschafft, während durch die auf die dingliche Klagerhebung folgende Versteigerung die übrigen Gläubiger aufgeschreckt würden. — Dagegen führt die dingliche Klage am schnellsten und zweckmäßigsten zum Ziele, wenn mit der persönlichen voraussichtlich nichts ausgerichtet werden kann.

4) Von dem Beklagten.

Es ist von Wichtigkeit, ob der Beklagte zugleich

---

(9) l. 26. pr. C. de usuris (4. 32.) Thibaut §. 287.

der dinglichen und persönlichen, oder bloß der dinglichen Klage als dritter Besitzer (10) unterworfen ist, indem nur in dem ersten, nicht aber in dem zweiten Falle seine Leistungen über den Werth der verpfändeten Sache hinausgehen müssen.

Der dinglichen und persönlichen Klage nun, von welcher hier gehandelt wird, ist nicht nur der ursprüngliche Schuldner, sondern sind auch diejenigen unterworfen, welche in seine Stelle nicht nur als Besitzer der verpfändeten Sache, sondern so getreten sind, daß ihnen auch seine persönlichen Verbindlichkeiten alle, oder wenigstens die in Frage kommende obliegen. Hieher gehören:

a) Der Erbe des Schuldners, weil er in sämmtliche Rechte und Verbindlichkeiten desselben durch Antretung der Verlassenschaft eingetreten ist. Nur alsdann, wenn er dieselbe mit der Wohlthat des Inventars angetreten hat, sind die Verbindlichkeiten des Verstorbenen bloß so weit die Erbschaft reicht, zu erfüllen, und bestünde die Erbschaft daher lediglich in dem verpfändeten Gute, so würde der Erbe dem Gläubiger nur so weit dessen Werth geht (11), verbindlich seyn.

b) Der Besitzer des verpfändeten Gutes, welcher die darauf haftende Schuld durch Delegation oder Expromission übernommen hat (12). Eine Schuldübernahme durch Delegation wäre nach der Strenge des Gesetzes ei-

---

(10) Vergl. Art. 114. folg.

(11) l. 22. C. de jure deliberandi (6. 30.) Daß übrigens in Beziehung auf die Befriedigung der Gläubiger der mit der Wohlthat des Inventars antretende Erbe die ihm von Justinian eingeräumten Befugnisse nicht mehr haben kann, versteht sich bei dem Geiste und Wesen des Unterpfandsgesetzes von selbst. Vergl. über jene Bestimmungen Thibaut §. 725. A. u. F.

(12) Thibaut §. 937.

gentlich nur alsdann anzunehmen, wenn sich die Partheien ausdrücklich darüber ausgesprochen haben (13). Sie kann aber jezt nach dem Gerichtsgebrauche auch aus bezeichnenden Handlungen geschlossen werden, z. B. wenn der neue Besitzer eines verpfändeten Grundstücks dem Gläubiger auf seinen eigenen Namen (14) die Zinsen entrichtet und dieselbe auf diese Weise angenommen werden.

5) Von den Bedingungen, welchen die Anstellung der Pfandklage insbesondere unterworfen ist.

a) Eintrag in das Unterpfandsbuch. Die persönliche Klage sezt das Daseyn einer Schuld überhaupt, die dingliche Klage das Daseyn eines Unterpfandes voraus, und da dieses an den Eintrag in das Unterpfandsbuch geknüpft ist, so ist der leztere natürlich eine wesentliche Bedingung für Anstellung der Pfandklage.

Der bloße Eintrag von Vormerkungen kann eine Pfandklage nicht begründen (15).

b) Die Forderung muß fällig seyn. So lange die Zeit noch nicht da ist, von deren Eintritt das Recht des Gläubigers abhängt, die Erfüllung der Verbindlichkeit seines Schuldners zu verlangen, so lange kann er auch von der Pfandklage keinen Gebrauch machen. Dieser Satz ist, obgleich bestritten, doch in der Natur der Sache begründet, denn das Pfandrecht gereicht nur zum Schutze der Forderungen, insoferne dieselben geltend gemacht werden können. Die Gesetze sprechen auch hiefür:

l. 13. §. 5. D. de pign. (20. 1.) „Si sub conditione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum

---

(13) l. 8. C. de novat. (8. 42.)

(14) Hiedurch möchte Gönner Komm. B. I. S. 456. widerlegt seyn. Vergl. l. 1. §. 10. D. de separation. (42. 6.)

(15) Vergl. hierüber die Erläut. zu Art. 115—19. 2. a.

est, ante conditionem non recte agi, cum nihil interim debeatur: sed si sub conditione debiti conditio venerit, rursus agere poterit. Sed si praesens sit debitum, hypotheca vero sub conditione et agatur ante conditionem hypothecariam, verum quidem est, pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est, ideoque arbitrio judicis cautiones interponendae sunt, si conditio exstiterit, nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura sit.“

l. 5. §. 1. D. quib. mod. solv. (20. 6.) „Si paciscatur creditor, ne intra annum pecuniam petat, intelligitur de hypotheca quoque idem pactus esse.“

Damit ſcheint zwar ein drittes Geſetz in Widerſpruch zu ſtehen:

l. 14. D. de pignoribus (20. 1.) „Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit. Et puto dandam pignoris persecutionem, quia interest mea.“

Allein dieſer anſcheinende Widerſpruch hebt ſich, wenn man erwägt, daß die Worte „interest mea“ nur auf die Sicherheit des Gläubigers deuten und dieſe als Grund der Pfandverfolgung herausheben, und daß die beiden erſten Geſetze von der Hypothek reden, das lezte aber vom Fauſtpfande. Nicht die Bezahlung mit Geld, oder der verpfändeten Sache iſt es, was der Gläubiger nach dieſen Geſetzen, ehe die Schuld fällig wird, fordern kann, ſondern bloß Sicherheit, welche ihm bei einem Pfandrechte auf bewegliche Sachen durch Kaution oder Beſitzergreifung gegeben wird (16).

(16) Vergl. Geſterding über die Schuldverbindlichkeit ꝛc. S. 28. Pfandrecht S. 222. 223. Weſtphal §. 269.

Nach unserem Gesetze liegt nun aber die Sicherheit des Gläubigers schon in dem Gegenstande des Unterpfandes, welcher stets eine unbewegliche Sache ist.

Die allgemeine Regel ist also, daß die Pfandklage, so wenig als die persönliche erhoben werden kann, ehe eine Forderung fällig ist. Von dieser Regel findet aber in den in Art. 52. angegebenen Fällen, wenn nämlich eine Sache der Substanz nach so vermindert wird, daß sie dem Gläubiger für seine Forderung keine Sicherheit mehr gewährt, eine Ausnahme Statt.

c) Beweis des Klagerechts.

Außer dem Beweise der geschehenen Verpfändung, welcher ausschließlich aus dem Unterpfandsbuche hervorgeht, hat der klagende Pfandgläubiger ferner darzuthun, daß der Beklagte das Gut, auf welches die von ihm angestellte dingliche Klage geht, besitze (17), wogegen ihm der Beweis nicht aufgebürdet werden kann, daß der Schuldner das Gut zur Zeit der von ihm vorgenommenen Verpfändung eigenthümlich inne gehabt habe (18).

6) Zweck der beiden Klagen.

Die persönliche Klage geht schon nach dem gemeinen Recht lediglich auf Bezahlung der Forderung, die dingliche streng genommen auf Herausgabe des verpfändeten Gutes. Nach den Bestimmungen des Exekutionsgesetzes kann aber auch mit dieser Klage die Herausgabe des verpfändeten Gutes nicht mehr, sondern bloß die Befriedigung aus dem Werthe desselben bezweckt werden, da kein Zuschlag so, wie er bisher üblich war, mehr stattfindet (19).

---

(17) Dagegen sind Westphal §. 270. Günther §. 698. Allein s. Gesterding Pfandr. S. 334. 336. Wehning B. II. §. 164.

(18) Gesterding a. a. O.

(1) Exekutionsgesetz Art. 49. folg., besonders Art. 71.

Die persönliche Klage geht ferner auf Bezahlung der ganzen Forderung nebst Zinsen, und selbst den Ersatz der Einklagekosten, die dingliche nur auf Entrichtung der Zinsen von dem laufenden und den zwei lezt verflossenen Jahren, und selbst diß nur, wenn die Forderung in dem Unterpfandsbuche als verzinslich eingetragen ist (20).

Inwieferne der Pfandklage die Früchte des verpfändeten Gutes unterworfen sind, ist nach den Bestimmungen des Art. 49. zu ermessen.

7) Erlöschen der beiden Klagen.

Dieses tritt nur ein, wenn das Pfandrecht selbst auf irgend eine Weise aufgehoben wird. Früher kann auch von einer Verjährung, selbst der persönlichen Klage nicht die Rede seyn.

Art. 91.

„Der Nebenvertrag, durch welchen dem Gläubiger das Recht, die Veräußerung des Unterpfands zu bewirken, entzogen werden soll, ist ungültig.

Eben so ungültig ist eine Uebereinkunft, daß im Falle nicht geleisteter Zahlung das Unterpfand ohne Verkauf dem Gläubiger verfallen seyn soll.

Gleich kraftlos ist das dem Schuldner oder Eigenthümer abgenommene Versprechen, daß derselbe auf die Sache kein weiteres Unterpfand bestellen wolle."

---

1) Veräußerungsverbot. Nach dem römischen Rechte konnte zwischen dem Gläubiger und Pfandschuldner ein Vertrag dahin abgeschlossen werden, daß jener die ihm verpfändete Sache nicht solle verkaufen dürfen. Dieser Ver-

trag

---

(20) Vergl. Art. 54.

trag hatte jedoch keine volle Wirksamkeit, sondern machte den Pfandläubiger nur verbindlich, seinen Schuldner zu drei wiederholten Malen zu mahnen, ehe er zum Verkaufe der Sache schritt (1).

Nach dem Wesen unseres Hypothekengesetzes könnte ein solcher Vertrag nur darinne bestehen, daß der Gläubiger bei den Gerichten nicht auf den Verkauf der ihm verpfändeten Sache solle antragen dürfen. Eine solche Uebereinkunft soll nun aber ganz ungültig und ohne rechtliche Folgen seyn, und zwar ohne Zweifel aus dem nämlichen Grunde, aus welchem ihm von dem römischen Gesetze eine nur beschränkte Wirkung eingeräumt worden ist, weil nämlich die Sicherheit des Gläubigers, welche er durch die Bestellung eines Unterpfandes erhält, nur darinne liegen kann, daß er durch den Verkauf der verpfändeten Sache am Ende seine Befriedigung erlangt, diese Möglichkeit der Befriedigung aber durch ein vertragmäßiges Veräußerungsverbot verloren gienge und die Pfandbestellung in ihrem eigentlichen Wesen vernichtet würde.

2) Kommissorischer Vertrag. Der zwischen dem Gläubiger und Schuldner abgeschlossene Vertrag, daß der erstere, wenn er in einer gewissen Zeit nicht befriedigt würde, die ihm verpfändete Sache mit Eigenthumsrecht solle an sich ziehen können, ist schon nach dem römischen, so wie auch nach dem Landrechte (2) nichtig und die Bestimmung unseres Gesetzes also nicht neu.

Nach der richtigeren Meinung ist der kommissorische Vertrag auch alsdann nichtig, wenn er nach geschehener Verpfändung abgeschlossen wird, weil das Gesetz allge-

---

(1) l. 4. D. de pign. act. (13. 7.) Ueber den Gesetzesgrund s. Weber von der natürl. Verbindlichkeit S. 392.

(2) l. fin. C. de pact. pign. (8. 35.) Landr. Th. II. Tit. 7. §. „nachdem wir" S. 258.

mein spricht (3) und also auch dieser Fall als unter dasselbe gestellt anzusehen ist. — Das Nämliche wird auch nach unserem Gesetze, und zwar aus demselben Grunde anzunehmen seyn.

Ebenso wird bei den bestimmten Worten unseres Gesetzes die bisher bestrittene Frage, ob der kommissorische Vertrag durch eidliche Bestärkung gültig werde, verneint werden müssen.

Es ist ferner sehr bestritten, ob der Vertrag, daß die verpfändete Sache dem für den säumigen Schuldner zahlenden Bürgen zufallen solle, ebenfalls in dem allgemeinen Verbote enthalten sey, oder nicht (4). Nach dem Geiste des Gesetzes ist gewiß auch dieser Vertrag als ein wirklich kommissorischer für ungültig zu halten. Die einzige Bedenklichkeit liegt in

l. f. D. de contrah. emtione (18. 1.)

Da jedoch in diesem Gesetze ausdrücklich gesagt wird:

„Respondit si non ut in causam obligationis, sed ut empta habeat, sub conditione emtio facta est, et contractam esse obligationem.

und jedenfalls, wenn man einen Widerspruch zwischen diesem Gesetze und der l. fin. C. cit. annehmen wollte, diese als die neuere vorzuziehen wäre, so wird man wohl behaupten müssen, daß auch zwischen dem Schuldner und

---

(3) Aus den Worten der l. fin. cit. „quae cum praeteritis praesentia quoque repellit et futura prohibet“ kann diß aber nicht, wie Lauterbach coll. XIII. 7. §. 10. will, bewiesen werden, denn diese Worte sagen bloß, daß das Gesetz rückwirkende Kraft haben solle. Vergl. auch Thibaut §. 649. Gesterding S. 206. 207. Voet. XX. 1. §. 25.

(4) Vergl. Lauterbach l. c. Voet. l. c. Westphal 260. Not. 292. no. 3., welche diese Frage bejahen; dagegen Thibaut §. 649. Gesterding S. 205. 206. Donellus comm. ad l. C. cit.

Bürgen jener Vertrag nicht auf eine gültige Weise abgeschlossen werden könne, und dasselbe wird auch nach unserem Gesetze der Fall seyn, ohne daß sich darüber, wie in dem preußischen Gesetze (5), eine ausdrückliche Entscheidung findet.

Dagegen ist es nicht als ein kommissorischer Vertrag anzusehen, wenn der Schuldner seinem Gläubiger das verpfändete Gut später aus freier Hand verkauft, oder wenn bei der Pfandbestellung, oder nachher ausgemacht wird, daß wenn der Schuldner binnen einer gewissen Zeit nicht bezahle, das verpfändete Gut gegen einen alsdann erst zu bestimmenden Preis an den Gläubiger übergehen solle (6).

3) Verzicht des Schuldners auf weitere Verpfändung eines Gutes. Da der Hauptzweck jeder Pfandbestellung Sicherung des Gläubigers für seine Forderung ist, so kann auch eine Beschränkung des Schuldners in der Verfügung über eine von ihm verpfändete Sache nur insoweit stattfinden, als der Anspruch des Gläubigers auf Sicherheit dadurch gefährdet würde. — Wenn nun der Schuldner auf eine bereits verpfändete Sache einem Andern ein ferneres Pfandrecht einräumt, so gereicht diß dem ersten Gläubiger niemals zu wirklichem Schaden, indem er immer das erste und vorzüglichste Recht auf Befriedigung aus dem Erlöse der Sache hat. Dennoch läßt es sich leicht denken, daß manche Darleiher es zur Bedingung machen, das ihnen zu verpfändete Gut solle nicht weiter verpfändet werden, damit sie in dem Angriffe desselben

---

(5) §. 35.

(6) l. 16. §. 9. D. de pignoribus (20. 1.) Donellus comm. ad. l. fin. C. cit. §. fin. Gesterding S. 204. 205. Weiter gehen Thibaut a. a. O. Wehning §. 151.

nicht durch das Zusammentreffen mit einem späteren Pfandgläubiger gehindert seyen und um eine solche Härte des Gläubigers für den Schuldner jedenfalls unschädlich zu machen, wurde die Bestimmung gegeben, daß ein Vertrag dieser Art ganz ohne Folgen seyn solle. Dieselbe Bestimmung enthält auch das preußische Gesetz (7) und das baiersche, jedoch dieses mit Beschränkung auf die gesetzlichen Pfandrechtstitel (8).

Art. 92.

„Jeder Eigenthümer einer durch Unterpfand versicherten Forderung kann dieselbe mit dem Unterpfandsrechte ganz oder theilweise einem Andern abtreten, und es geht mit Abtretung der Hauptforderung das damit verbundene Unterpfandsrecht, auch ohne besondere Erklärung, auf den Cessionar über. (Vergl. Art. 84, 85.)

Die Verbote in Betreff der Abtretung an einen Mächtigeren, so wie der Abtretung der Forderung eines Juden gegen einen Christen an einen Christen, werden in Beziehung auf Forderungen, welche in das Unterpfandsbuch eingetragen sind, hierbei für aufgehoben erklärt.“

---

1) So gut wie dem Schuldner erlaubt ist, das einem Gläubiger verpfändete Gut zu veräußern, eben so

---

(7) §. 438. 439.

(8) §. 44. „Selbst ein Vertrag, daß auf eine Sache keine Hypothek mehr eingeräumt werden solle, hat auf die gesetzlichen Rechtstitel zu Erwerbung einer Hypothek keine Wirkung; hinsichtlich der auf Privatwillen beruhenden Hypotheken ist er nur dann wirksam, wenn er im Hypothekenbuche am geeigneten Orte eingetragen ist.“

gut muß der Gläubiger die Befugniß haben, seine mit Pfandrecht versicherte Forderung an einen Andern abzutreten, indem sonst der Verkehr in lähmende Fesseln geschlagen würde.

Ob zugleich mit der von dem Pfandgläubiger abgetretenen persönlichen Forderung auch das Unterpfand auf den Erwerber übergehe, ist nach gemeinem Rechte bestritten worden (1), allein es läßt sich kein Grund denken, warum nicht hier, wie in der Regel überall die Hauptsache auch die Nebensache nach sich ziehen sollte.

Da in dem Entwurfe des Gesetzes hierüber nichts enthalten war, so trugen die Stände darauf an, den gleichzeitigen Uebergang des Pfandrechtes ausdrücklich zu bestimmen (2). Dieser Antrag wurde zwar anfangs von der Regierung abgelehnt, weil jener nicht zu bezweifelnde Satz keiner ausdrücklichen Erklärung bedürfe (3), aber doch, wie der Innhalt des Gesetzes zeigt, zulezt berücksichtigt.

2) In Hinsicht auf die schon im Entwurfe enthaltene Aufhebung des Verbots der Abtretung an einen Mächtigeren (4) oder von einem Juden an einen Christen, für pfandrechtlich versicherte Forderungen trug die Kommission darauf an zu bestimmen, daß diese Aufhebung für Cessionen der lezteren Art nicht bloß auf Un-

---

(1) Gmelin Ordn. der Gläub. §. 89. S. 290. Lauterbach ibi cit. Die von ihnen angeführten Gesetze reden aber von andern Fällen.

(2) Hauptantr. XVI.

(3) K. Rescr. zu Hauptantr. XVI.

(4) l. 1. 2. C. ne liceat potentioribus (2. 14.) Nach neuerer Ansicht beziehen sich diese Stellen bloß auf arglistiger Weise simulirte Cessionen. Mühlenbruch die Lehre von der Cession der Forderungsrechte §. 30. S. 328. 336. folg.

terpfandsverhältnisse beschränkt seyn, sondern allgemein stattfinden solle (5). Die Kammer entschied sich indessen für die Bestimmung des Entwurfes und lehnte auch den von dem Abg. Gmelin d. Aelt. gemachten Antrag ab, welcher dahin gieng, der Regierung den Wunsch auszudrücken, daß das Verbot beider Arten von Cessionen in einem besondern Gesetze allgemein aufgehoben werden möchte (6).

Also bloß für pfandrechtliche Verhältnisse sind diese Verbote ausdrücklich aufgehoben. Diß wird indessen schwerlich zu der Annahme berechtigen, daß der Gesetzgeber damit ihre Gültigkeit für andere Verhältnisse bestätigt habe, während der Gerichtsgebrauch schon vielfältig ganz davon abgegangen ist. Es scheint vielmehr nur, daß für unterpfandrechtliche Verhältnisse eine feste Bestimmung gegeben werden wollte, während die Beurtheilung aller andern Fälle wie bisher, so auch ferner dem richterlichen Ermessen überlassen bleibt.

Dagegen ist eine andere Verordnung, welche die Abtretung von Forderungen in ihren Wirkungen beschränkt, bestehen gelassen worden, nämlich das anastasische Gesetz, nach welchem derjenige, der eine Forderung ganz oder theilweise an sich gebracht hat, zum Vortheile des Schuldners von diesem nicht mehr fordern darf, als die für die Abtretung erlegte Summe beträgt (7).

Daß das in der Abtretung stillschweigend begriffene Unterpfand den nämlichen Zeitvorzug behält, den es früher hatte, bedarf keiner weitern Ausführung.

Von dem Eintrage einer Abtretung in das Unterpfands-

---

(5) Kommiss. Antr. XVIII.
(6) Verhandl. Heft X. S. 768. 769.
(7) l. 22. 23. C. mandati vel contra (4. 35.)

buch und den Folgen der Unterlassung ist bereits gehandelt worden (8).

Art. 93.

„Dem Eigenthümer bleibt die Befugniß vorbehalten, über die von ihm verpfändete Sache so weit zu verfügen, als es ohne Verletzung der Sicherheit des Gläubigers geschehen kann."

Der Pfandschuldner darf jede Verfügung mit der verpfändeten Sache treffen, durch welche die Sicherheit des Gläubigers nicht gefährdet wird. Er darf sie verwalten, benützen, Kulturveränderungen vornehmen, sie einem Andern in die Verwaltung oder Nutznießung geben, die darauf ruhenden Lasten verwandeln, ja selbst Lasten auf die Sache legen, oder sie veräußern.

Nur darf dieses Alles nicht zum Nachtheile des Gläubigers geschehen, und der Werth des Gutes keine bedeutende Veränderung erleiden. Wie weit eine Werthverminderung aber gehen dürfe und von welchem Grade an der Gläubiger sich dieselbe nicht gefallen zu lassen brauche, läßt sich im Allgemeinen schwer bestimmen, und es wird als Regel nur aufgestellt werden können, daß dem Gläubiger immer das Maß der Sicherheit bleiben müsse, welches er bei der Unterpfandsbestellung vertragmäßig, oder nach dem Gesetze erhalten hat. Wurde er anderthalbfach versichert, so ist er einzuschreiten berechtigt, sobald dem Gute eine Verschlimmerung droht, durch welche es im Werthe unter den anderthalbfachen Betrag seiner Forderung sinken würde.

---

(8) Vergl. Art. 84. 85.

Zugleich hat auch der Schuldner die Verbindlichkeit, für die Erhaltung des verpfändeten Gutes wirklich thätig zu seyn und nicht bloß eine Schadenszufügung zu vermeiden. Der Gläubiger kann verlangen, daß jener das verpfändete Haus nicht verfallen lasse, daß er seinen Weinberg baue u. s. f. und da Niemand zu einem Thun in civilrechtlichen Verhältnissen gezwungen werden kann, so kann eine Saumseligkeit oder Nachlässigkeit des Schuldners das Recht, selbst eine noch unverfallene Forderung aufzukündigen und einzutreiben, begründen (1).

Art. 94.

„Veräußert der Eigenthümer das Unterpfand; so kann der Pfandgläubiger verlangen, daß er zunächst aus dem Erlöse seine Bezahlung erhalte, und daß, wenn dieser Erlös zur Berichtigung seiner darauf versicherten Forderung nicht hinreicht, und der Verpfänder den Ausfall nicht befriedigend zu decken vermag, eine öffentliche Versteigerung eingeleitet werde (vergl. Art. 203. f.).

Namentlich können grundherrliche Abgaben nicht anders abgelöst werden, als wenn entweder der Pfandgläubiger einwilligt, oder das Ablösungskapital zur Befriedigung des Gläubigers verwendet wird.

Art. 95.

Der Verpfänder der Sache hat denjenigen Betrag anzusprechen, um welchen der Erlös die versicherte Forderung des Gläubigers übersteigt.

Jedoch kann, wenn der Verpfänder zugleich der Schuldner ist, der Pfandgläubiger außer dem Fall einer Konkur-

---

(1) Vergl. Art. 52.

renz verlangen, daß er auch in Ansehung desjenigen, wofür das Unterpfand nicht haftet, namentlich wegen älterer Zinsenrückstände und wegen der Kosten (Art. 54. 55.) sogleich aus dem Erlöse der Sache befriedigt werde."

Der Eigenthümer der verpfändeten Sache darf zwar, wie schon bemerkt, eine Veräußerung derselben vornehmen, allein es muß alsdann dem Gläubiger frei stehen, ob er den neuen Erwerber als Schuldner annehmen will oder nicht, und in dem leztern Falle kann er verlangen, daß er von dem Kaufschillinge befriedigt werde (1). Tritt jedoch ein nothwendiger Verkauf auf Zieler ein, so kömmt die Bestimmung des Art. 43. in Anwendung.

Daß der Pfandgläubiger, wenn die Rechte anderer nachgesezten Pfandgläubiger mit dem seinigen zusammentreffen, zunächst nur Befriedigung für diejenige Summe seiner Forderung ansprechen kann, welche Gegenstand des Unterpfands ist, bedarf keiner Ausführung. — Sind jedoch keine andern Gläubiger auf die Sache versichert, oder bleibt nach Tilgung der versicherten Forderungen noch von dem Erlöse übrig, so kann der eine, oder können die mehreren Gläubiger verlangen, daß der Schuldner sie auch für ihre persönlichen Ansprüche daraus befriedige, denn durch die Bestellung eines Unterpfandes wird einem Gläubiger der Anspruch nicht entzogen, für den Theil seiner Forderung, der nicht unter der Versicherung begriffen ist, aus dem Vermögen des Schuldners Bezahlung zu verlangen.

---

(1) Vergl. ferner Art. 94.

Fünftes Kapitel.

„Von den Rechtsverhältnissen der Pfandgläubiger unter sich.

Art. 96.

Ist eine Sache mehreren Gläubigern verpfändet; so wird die Ordnung, in welcher diese Pfandgläubiger, sowohl im Konkurse als außer demselben, ihre Befriedigung aus dem Unterpfande verlangen können, einzig durch die Zeit des Eintrags ihrer Unterpfandsrechte in das Unterpfandsbuch oder durch die Zeit der speciellen Vormerkung bestimmt, wenn in lezterem Falle die Voraussetzungen des Art. 79. vorhanden sind."

---

1) Der Vorzug eines Pfandgläubigers vor dem andern nach der Zeit des Rechtserwerbes ist nicht nur tief in dem Wesen unseres Pfandgesetzes, sondern auch in der Natur der Sache begründet. Derjenige, welchem ein Unterpfand auf ein Gut bestellt wird, hat dadurch einen Rechtsanspruch auf dasselbe erworben, welcher ihm durch die später entstehenden Ansprüche Anderer schon nach dem philosophischen Rechte nicht mehr entzogen oder geschmälert werden kann. Dieser Grundsatz war auch in der bisherigen Gesetzgebung, jedoch nur zum Theile durchgeführt und dieser Fehler ist es, durch welchen die Rechtssicherheit der Unterpfänder bisher hauptsächlich untergraben und beinahe vernichtet worden ist. Die Vorzüge später erworbener Rechte vor den früher erworbenen waren eins der größten Uebel für den öffentlichen Kredit, welches nun durch das gegenwärtige Gesetz gehoben wird. Die Forderung des Heurathgutes kann fernerhin keinem früher erworbenen Pfandrechte mehr vorgehen, und wer

zu Wiederherstellung eines Hauses anleiht, kann durch dessen Verpfändung den früheren Pfandgläubiger nicht von seinem Platze verdrängen.

Es ist dabei nicht zu übersehen, daß der Zeitvorzug nur unter denjenigen Gläubigern entscheidet, welche auf eine und dieselbe Sache versichert sind. Die, welche ihre Versicherungen auf verschiedene Gegenstände erhalten haben, stehen in keinem Rechtsverhältnisse zu einander, es findet kein Widerstreit unter ihren Ansprüchen Statt, so daß das Recht des einen dem des andern Eintrag thun könnte. Wenn die Gläubiger A und B auf die Sache X versichert sind, so werden sie nach der Zeit befriedigt, in welcher jeder sein Pfandrecht erhalten hat, und wenn das Recht des B das spätere ist, so muß er dem A weichen. — Ist aber A auf das Gut X, und B auf das Gut Z versichert, so bestehen ihre Ansprüche ohne wechselseitige Beschränkung neben einander, so daß es keiner Entscheidung nach dem Zeitvorzuge bedarf.

Anders war es bisher, so lange die Generalhypotheken neben den speciellen Pfandrechten bestanden. Hier war ein Zusammentreffen aller Gläubiger, die eine Generalhypothek hatten, welche sich, wenn nicht besondere Vorrechte zur Sprache kamen, nach dem Zeitvorzuge entschied. Jezt giebt es nur noch ein Zusammentreffen Einzelner in der ihnen verpfändeten nämlichen Sache.

2) Nähere Bestimmung des Zeitvorzuges. Im Allgemeinen richtet sich der Zeitvorzug, wie ausdrücklich verordnet wird, nach dem Eintrage in das Unterpfandsbuch. Eine ganz folgerechte Bestimmung, wenn man erwägt, daß durch diesen Eintrag erst ein Pfandrecht entstehen kann. Es entstehen jedoch über das Anpassen des gemeinen Rechtes an dieselbe einige Bedenklichkeiten, welche am leichtesten dadurch wegzuräumen

sind, daß zuerst die bisherige Gesetzgebung dargestellt und sodann zu der Frage über deren jetzige Anwendbarkeit übergegangen wird.

a) Bisherige Gesetzgebung, namentlich über den Zeitvorzug der für eine künftige oder bedingte Schuld gegebenen, oder der an sich selbst bedingten, oder endlich der vermöge eines präparatorischen Vertrages eingeräumten Pfandrechte.

aa) Ueber den Zeitvorzug der für eine künftige oder bedingte Schuld gegebenen Pfandrechte. Daran, daß ein Pfandrecht für eine bedingte oder eine von einem künftigen, selbst ungewissen Zeitpunkte abhängige Forderung gegeben werden könne, ist nicht zu zweifeln (1).

In Beziehung auf die rückwirkende Kraft der Bedingungserfüllung ist aber zu unterscheiden, ob die Bedingung eine zufällige oder eine potestative oder gemischte ist, so daß sie ganz oder theilweise ohne den Willen des Schuldners nicht erfüllt werden kann. In dem ersten Falle wird, wenn die Bedingung sich erfüllt, der Zeitvorzug des Pfandrechtes auf den Tag der Bestellung zurückbezogen, in den beiden andern Fällen nicht (2).

Nicht ganz so verhält es sich bei den Legaten. Wenn ein Legat unter einer Bedingung oder ungewissen Zeitbestimmung gegeben ist, so kann der Erbe freiwillig vermöge Vertrags mit dem Legatar demselben ein Pfand bestellen. Wird später die Bedingung erfüllt, so hat

---

(1) Vergl. Art. 11. l. 5. pr. D. de pign. (20. 1.) Lauterbach tr. de legali sive tacita hypotheca §. 46.

(2) l. 11. §. 1. D. qui pot. (20. 4.) l. 9. §. 1. D. eodem. Vergl. auch Westphal §. 150. Thibaut civil. Abh. S. 363. Daß die gemischte Bedingung der potestativen hier gleich zu stellen sey, behaupten auch Gesterding S. 16. Bolley von öffentl. Unterpf. S. 254. not. k. Dagegen ist Hofacker princ. §. 1206.

diese Erfüllung stets rückwirkende Kraft, so daß das Pfand als von der Zeit der Bestellung geltend angesehen wird (3), weil bei Legaten die Erfüllung der angehängten Bedingung nie von dem Willen des Erben abhängig seyn kann (4). Beruht hingegen das Pfandrecht des Legatars nur auf dem Gesetze, so gilt es erst von der Zeit, da die angehängte Bedingung erfüllt oder der ungewisse Erfolg eingetreten ist (5).

bb) Von der bedingten Pfandbestellung für eine gegenwärtige Schuld. — Für eine gegenwärtige Schuld kann ein Pfandrecht unter Bedingungen bestellt werden, und auch hier hat die Erfüllung der zufälligen Bedingung rückwirkende Kraft; so daß sich nun der Zeitvorzug des Pfandrechtes von dem Tage der Bestellung an datirt.

l. 12. §. 2. D. qui pot. (20. 4.)
Si primus, qui sine hypotheca credidit, post secundum, qui utrumque fecit, ipse hypothecam accepit, sine dubio posterior in hypotheca est. Unde si in diem de hypotheca convenit, dubium non est, quin potior sit, licet ante diem cum alio creditore pure de eadem re convenit.

---

(3) l. 9. §. 2. D. qui pot.

(4) l. 43. §. 2. D. de leg. I. (30.) l. 5. §. 5. D. quando dies leg. (36. 2.) Bolley a. a. O. S. 255. 256.

(5) Denn wenn gleich l. 14. §. 3. D. quando dies (36. 2.) und (3. 5.) C. de cond. insert. (6. 46.) nur die Zurückbeziehung der Legate selbst verneinen, so ist doch nicht anzunehmen, daß ein gesetzliches Pfandrecht sich auf eine ungewisse, künftige Forderung beziehe, wenn diß nicht wie bei dem der Kinder gegen den Vater als Verwalter ihres Vermögens besonders ausgesprochen ist.

Ist aber die Bedingung nicht zufällig, d. h. wird ihre Erfüllung ganz oder theilweise nur durch den Willen des Schuldners möglich, so findet keine Zurückbeziehung Statt, weil das Anhängen der Bedingung alsdann im Grunde nichts war, als ein Vertrag, daß die Hypothek nur dann entstehen solle, wenn es dem Schuldner gefällig sey (6).

cc) Von der Pfandbestellung auf den Grund eines vorbereitenden (präparatorischen) Vertrages. — Wenn zwei Personen vorläufig darinne übereingekommen sind, daß die eine der andern ein Anlehen machen solle, und diese bestellt schon jezt dafür der ersteren ein Unterpfand, so kann dasselbe nur erst von dem Zeitpunkte an, da das Geld gegeben wird, wirksam seyn. Denn ehe der Vertrag auch von dem Andern erfüllt ist, kann auch der Pfandbesteller seine Leistung zurückziehen und der Vertrag wird erst perfekt, wenn beide ihre Verbindlichkeiten erfüllt haben. Nun gelten zwar in Deutschland die präparatorischen Verträge gemeinrechtlich, allein in unserem Landrechte findet sich ganz die römische Lehre, denn wenn gleich dasselbe bestimmt, daß „wer einem Andern etwas bedächtlich verspreche, es sey mit Worten oder andern Zusagen, derselbe solle sein Verspruch und Zusag halten," so sind doch in andern Stellen die römischen Gesetze von Innominatkontrakten deutlich wiederholt (7).

Es fragt sich nun:

b) ob und inwieferne diese Regeln nach unserem neuen Gesetze noch Anwendung finden?

---

(6) l. 11. §. 2. D. qui pot. Gesterding S. 21. 22.

(7) Vergl. Th. II. Tit. 23. S. 311. mit Tit. 9. §. obwohl S. 269. und Tit. 20. §. 2. S. 308.

Zu aa). Es ist nach unserem Gesetze keinem Zweifel unterworfen, daß wenn jezt für eine bedingte oder künftige Schuld ein Pfandrecht vermöge gerichtlichen Eintrages bestellt und der Zeitpunkt oder die Bedingung erfüllt wird, das Pfandrecht unter allen Umständen als von dem Tage des Eintrages wirksam anzusehen sey (8), denn der Gesetzgeber spricht sich in dem vorliegenden Paragraphen zu klar und bestimmt aus, als daß die angeführten Unterschiede des römischen Rechtes noch Platz finden könnten.

Ebenso ist es, wenn der Erbe einem Legatar für das dem Recht nach noch nicht erworbene Legat ein Pfand vertragsmäßig bestellt. Findet die Pfandbestellung dagegen nicht vertragsmäßig, sondern erst dann Statt, wenn der Legatar den ihm zustehenden gesetzlichen Pfandrechtstitel geltend macht, so kann die Frage von einer Zurückbeziehung gar nicht entstehen, weil nach früheren Ausführungen (9) jener Pfandrechtstitel nicht geltend gemacht werden kann, so lange der Erwerb des Rechtes auf das Legat noch nicht geschehen ist.

Zu bb). Daß auch jezt noch ein Pfandrecht für eine gegenwärtige Schuld mit Anhängung einer Bedingung bestellt werden könne, wird angenommen werden müssen. Dagegen wird, wenn die Zeit gekommen, oder die Bedingung erfüllt ist, das Pfandrecht ohne Rücksicht auf die Unterschiede des römischen Rechtes sich von dem Tage des ersten Eintrages datiren, weil dieser nach unserem Gesetze einzig die Ordnung der Gläubiger bestimmen soll.

Hievon ist ein anderer Fall wohl zu unterscheiden, wenn nämlich bei der Pfandbestellung zwischen dem Gläubiger

---

(8) Vergl. Art. 11.
(9) Vergl. zu Art. 38. unter 2.

und Schuldner ausgemacht wird, daß das Pfandrecht erst von einem gewissen Zeitpunkte an gelten, daß es von da an erst als vorhanden betrachtet werden solle. A bestellt z. B. dem B ein Pfandrecht am 1. Januar 1825, es wird aber zugleich bestimmt, daß dasselbe erst am 1. Julius rechtliche Kraft erhalten solle. Eine solche Bestimmung werden die Parthieen immer treffen können und das Pfandrecht wird alsdann nach dem Grundsatze: „Dingrecht bricht Landrecht," auch von dem bestimmten Zeitpunkte an erst rechtlich wirksam seyn, so daß es, wenn der Zeitpunkt auch kömmt, nicht auf den früher geschehenen Eintrag zurück datirt werden kann.

Eine andere Frage, welche Gönner aufgeworfenhat (10), ob nämlich der Pfandbesteller bestimmen könne, daß ein von ihm bestelltes Pfandrecht als früher bestellt angesehen werden solle, wird, sobald sie von Werth ist, zu verneinen seyn. Denn ist das zu verpfändende Gut noch keinem früheren Gläubiger verpfändet, so ist eine Zurücksetzung des gegebenen Pfandrechtes ohne Werth, haben aber schon frühere Gläubiger dingliche Rechte auf das zu verpfändende Gut erworben, so können diese Rechte durch Zurückbeziehung eines spätern Pfandrechtes nicht geschmälert werden.

Zu cc). Wenn Jemand auf den Grund eines vorbereitenden Vertrages ein Pfand bestellt, ohne noch das Geld empfangen zu haben, so lassen sich nur zwei mögliche Fälle denken, daß er nämlich entweder das ihm versprochene Geld nachher gar nicht, oder aber, daß er es später erhält. In dem ersten Falle hört das bestellte Pfandrecht natürlich auf, weil die Bedingung desselben, eine Forderung nicht ins Leben tritt, in dem andern Falle aber wird

---

(10) Bd. I. S. 488.

wird nunmehr das Pfandrecht als vom Tage des Eintrages wirksam betrachtet werden müssen.

3) Ueber den Zeitvorzug des für eine anfangs ungültige und später gültig gewordene Forderung bestellten Pfandrechtes. Das preußische Gesetz (11) enthält folgende Bestimmung über diesen Fall:

„Ist der Anspruch in sich ungültig, so ist auch die dafür bestellte Sicherheit ohne Wirkung. Wird jedoch eine von Anfang an ungültige Forderung in der Folge zu Recht beständig, so erlangt auch die dafür bestellte Sicherheit von Zeit der Bestellung an ihre volle Kraft."

Unser Gesetz spricht sich über diesen Fall nicht aus und es ist also Sache der Auslegung, ihn nach allgemeinen Regeln und dem Geiste des Gesetzes zu entscheiden.

Eine Forderung ist entweder so ungültig, daß sie nur auf keine Weise geltend gemacht werden kann, oder sie ist völlig nichtig. Ist nun das leztere der Fall, so kann sie niemals gültig werden, weil das unbedingt Nichtige nie mit der Zeit gültig wird, und wenn daher in späterer Zeit eine wirkliche Forderung entsteht, so ist sie nothwendig eine neue, auf welche die für die erste nichtige Forderung gegebene pfandrechtliche Versicherung nicht ausgedehnt werden darf.

Wenn aber eine Forderung nicht unbedingt nichtig ist, sondern nur auf keine Weise geltend gemacht werden kann, so ist es allerdings möglich, daß sie später zu Kräften kommt. Diß ist z. B. der Fall, wenn ein selbstständig gewordener Haussohn seine unter väterlicher Gewalt gemachte Schuld anerkennt, oder eine Frau die von

---

(11) §. 12. 13.

ihr nach zurückgelegter Minderjährigkeit eingegangene an sich ungültige Bürgschaft nach zwei Jahren wiederholt. — In solchen Fällen wird immerhin die für die früher eingegangene Verbindlichkeit geschehene Pfandbestellung von dem Tage des Eintrages an wirksam seyn.

4) Verschiedener Zeitvorzug der zu gleicher Zeit auf mehrere Güter bestellten Pfandrechte. Wenn einem Gläubiger mehrere Güter für dieselbe Forderung verpfändet werden, so erhält er auf jedes dieser Güter ein besonderes Pfandrecht, also mehrere Pfandrechte, welche daher auch verschiedene Vorzugsrechte haben können. Man nehme z. B. den Fall, daß dem Gläubiger die Güter A B C verpfändet worden seyen. Das Gut A war zur Zeit der Verpfändung noch frei, und es wurde erst später eine Nachhypothek darauf bestellt. B und C waren schon an einen Gläubiger X verpfändet. — Bei diesen Umständen spricht der Gläubiger das Gut A mit einem Vorzugsrechte vor dem Nachhypothekar an, auf die Güter B und C aber kann er sein Pfandrecht nur insoferne geltend machen, als die Ansprüche des früher darauf versicherten Gläubers X etwas davon übrig lassen.

Art. 97.

„Sind mehrere Unterpfänder auf eben dasselbe Gut oder auf eben denselben bestimmten Theil eines Gutes in einer Sitzung der Unterpfandsbehörde eingetragen worden; so haben sämmtliche darauf verwiesenen Gläubiger, wenn nicht ein bestimmter Vorrang durch besondere Uebereinkunft festgesezt worden ist, unter sich gleiche Rechte, und es wird der Erlös aus der verpfändeten Sache, insofern er zu ihrer vollen Befriedigung nicht hinreicht, unter Alle,

nach Verhältniß ihrer Forderungen vertheilt. (Vergl. Art. 74. ff. und Art. 82.)"

---

1) Sobald die Pfandrechte sich nach der Zeit des Eintrages ordnen sollen, so ist eine genauere Bestimmung darüber nothwendig, wenn mehrere Pfandrechte als zu gleicher Zeit, oder wenn sie als nacheinander bestellt, anzusehen seyen. Habe ich ein bevorzugtes Pfandrecht vor dem Andern, wenn mir dieselbe Sache nur einige Minuten früher, als ihm bestellt worden ist, oder kömmt es auf den Tag, oder die Stunde der Bestellung an? oder gelten zwei in derselben Gerichtssitzung geschehene Pfandbestellungen als gleichzeitig? Man nehme an, X habe ein Haus im Werth von 12,000 fl., er ist einer Summe Geldes von 8000 fl. benöthigt und da er dieselbe nicht aus einer Hand bekommen kann, so entlehnt er von A 4000 fl. und von B 4000 fl. unter Versicherung seines Hauses. Fiele nun dieses Haus durch besondere Umstände in seinem Werthe, sänke derselbe bis auf 6000 fl. herab, so könnte, wenn A das Pfandrecht darauf früher erhalten hätte, nur dieser ganz, B aber bloß theilweise befriedigt werden. Ist nun anzunehmen, daß A sein Pfandrecht früher erhalten habe, wenn ihm dasselbe den Tag zuvor, oder wenn es ihm Vormittags, dem B aber Nachmittags, oder wenn es ihm nur eine Stunde vor diesem bestellt worden ist?

Diese Frage muß der Gesetzgeber entscheiden, allein wie sie entschieden werde, kann schwerlich von großer Wichtigkeit seyn, da sich sowohl die Gerichte, als die Parthieen nach der gesetzlichen Bestimmung, wie sie auch sey, richten werden.

Nach dem preußischen Gesetze entscheidet der Augen-

blick der Anmeldung des Pfandrechtes über den Vorzug desselben (1), nach dem französischen (2) und dem baier'schen (3) haben diejenigen Pfandrechte, welche an demselben Tage eingetragen sind, einen gleichen Zeitvorzug.

Der Entwurf unseres Gesetzes hatte hiezu gefordert, daß die mehreren auf eben denselben Gegenstand bestellten Unterpfänder an einem Tage und in einem Verpfändungsakte eingetragen worden seyen (4). Die Stände trugen darauf an, statt der Worte „in einem Verpfändungsakte" zu setzen: „in einer ununterbrochenen Handlung" (5), was denn zu der jetzigen Fassung des Gesetzes Veranlassung gab (6).

Es kann indeß keinem Zweifel unterworfen seyn, daß die Berechtigten selbst, d. h. die mit Pfandrecht zu versichernden, oder bereits versicherten Gläubiger unter sich die Verabredung treffen können, daß das Pfandrecht des einen den Vorrang vor dem des andern haben solle, denn es sind ja ihre Rechte, von welchen es sich hier handelt und über seine Rechte kann jeder verfügen. Ein Hinderniß für eine solche Verabredung wird aber in der Regel dann eintreten, wenn es sich von der Verwirklichung gesetzlicher Pfandrechtstitel für solche Personen handelt, für welche die Obrigkeiten von Amts wegen zu sorgen haben.

2) Eine fernere Frage ist nun die, auf welche Weise eine Sache oder deren Werth unter die verschiedenen durch gleichzeitigen Eintrag ihrer Hypotheken gleich berechtigten

---

(1) Hypothekenordnung vom J. 1783. Tit. 2, §. 30. 168.
(2) Art. 2147.
(3) §. 60.
(4) §. 76.
(5) Hauptanträge S. 26. Nro. XVIII.
(6) K. Rescript auf die ständischen Anträge. Beil. 1. S. 443. Zu Antrag 18. Nro. 1.

Pfandgläubiger zu vertheilen sey, wenn sie nicht zu Bezahlung sämmtlicher Forderungen hinreicht.

Es sind hier zwei Hauptfälle zu unterscheiden, ob nämlich jedem der verschiedenen Gläubiger bestimmte, abgesonderte oder unabgesonderte Theile an einem Gute verpfändet worden sind, oder nicht.

Daß in dem ersten Falle sich das Recht eines jeden Gläubigers auf den ihm verpfändeten Theil des Gutes beschränke, kann nach der Berathung des Gesetzes nicht anders als angenommen werden. — Die Stände machten nämlich den Antrag, diese Bestimmung ausdrücklich beizufügen (7), und dieser Antrag wurde von der Regierung nur darum nicht angenommen, weil der Beisatz überflüssig sey, d. h. wohl mit andern Worten, weil er sich von selbst verstehe. Wenn nun also A und B zu gleicher Zeit auf das Gut X versichert worden sind, A auf ein Drittel, B auf zwei Drittel desselben und das Gut reicht später nicht zu der Befriedigung beider hin, so wird der Werth desselben an A und B nicht nach dem Verhältnisse ihrer Forderungen vertheilt, sondern dem A wird ein Drittel, dem B aber werden zwei Drittel von dem Erlöse zugeschieden.

Anders verhält es sich, wenn die verschiedenen Gläubiger ihre Pfandrechte nicht auf bestimmte Theile des ihnen verpfändeten nämlichen Gegenstandes erhalten haben. Daß sie nach Verhältniß ihrer Forderungen befriedigt werden müssen, ist unzweifelhaft. Dagegen fragt es sich, ob das zur Zeit der Pfandbestellung, oder das zur Zeit des Gutsverkaufes stattfindende Verhältniß der Forderungen zu einander als Maßstab anzunehmen sey. — Der Antrag der Kommission und der Stände gieng dahin, zu bestimmen, daß die Befriedigung der verschiedenen Gläubiger nach dem Verhält-

---

(7) Hauptanträge S. 17. Antrag XVIII. 1. c.

nisse des ursprünglichen Bestandes ihrer Forderungen mit Einschluß der Zinnsen geschehen solle.

Die Gründe dieser Entscheidung, sagte die Kommission in ihrem Berichte (8), liegen schon in der l. 38. D. de fam. ercisc. (10. 2.) und l. 12. C. depos. (4. 34.) und sind folgende:

„Wird zwei Gläubigern gleichzeitig für Forderungen gleicher Größe dasselbe Gut ohne (auch nur ideelle) Bezeichnung irgend eines Theiles verpfändet, so ist das Recht des einen Gläubigers durch das Recht des Andern ganz auf die gleiche Weise beschränkt. Nun bleibt aber dadurch, wenn einem Gläubiger ein Theil seiner Forderung zurück bezahlt wird, sein Pfandrecht an sich ganz unverändert; er kann also, insoweit es zu seiner Befriedigung erfordert wird, sein Pfandrecht in dessen ursprünglicher Ausdehnung gegenüber von dem andern Gläubiger immer noch geltend machen."

„Daß der eine Gläubiger wachsam war und auf theilweise Bezahlung drang, das konnte zunächst nur ihm nützen, dadurch konnte zunächst nur seine Sicherheit erhöht werden. Setze man also: ein Gut würde für zwei Forderungen, jede von 600 fl. gleichzeitig und ohne alle Absonderung verpfändet; es würden ferner an der einen Forderung vor dem Pfandangriff 300 fl. bezahlt und der Erlös wäre am Ende noch 800 fl., so wäre es ganz unrichtig, wenn man die Hälfte oder auch nur den dritten Theil des jezt noch eintretenden Verlustes von 100 fl. auf denjenigen Gläubiger, welchem schon 300 fl. bezahlt waren, wälzen wollte, vielmehr würde er ohne allen Schaden ausgehen, weil die Hälfte des Erlöses noch mehr beträgt, als der damalige Bestand seiner Forderung."

---

(8) §. 20.

„Die Sache wird noch einleuchtender, wenn man sich den Fall denkt, daß der eine Gläubiger neben dem ihm gleichzeitig mit dem andern Gläubiger bestellten gemeinschaftlichen Unterpfand gleichzeitig oder später noch ein anderes freies Gut sich habe verpfänden lassen, und daß er von dem Erlöse des Gutes theilweise befriedigt worden sey. Niemand wird es hier bezweifeln, daß dieser Gläubiger schon ursprünglich eine größere Sicherheit hatte, als der andere, und daß die theilweise Befriedigung, welche er durch den Angriff seines privativen Unterpfandes erhielt, zunächst nur ihm zu Statten kommen muß."

Die Regierung lehnte den Antrag ab, „indem es zu Unbilligkeiten und Verwicklungen führen würde, wenn ein anderes Verhältniß der Forderungen, als das zur Zeit des Verkaufs eintretende zur Norm genommen würde (9)."

In ihrer Adresse auf die K. Resolution beharrte die Kammer mit Berufung auf Schriftsteller (10) auf ihrer Ansicht, erklärte jedoch, daß sie sich beruhige, weil der Entwurf die Frage ganz unentschieden lasse, und demnach die Gerichte wenigstens nicht gehindert seyen, die von ihr als richtig anerkannten Grundsätze in Anwendung zu bringen (11).

Somit bleibt denn auch, da weder ausdrücklich, noch stillschweigend ein Anerkenntniß des einen oder andern Grundsatzes erfolgt ist, die Entscheidung im einzelnen Falle dem richterlichen Ermessen überlassen, wobei die Stärke der von der Kammer für ihre Ansicht vorgebrachten Gründe

---

(9) K. Rescr. Beil. 1. zu Antr. XVIII.

(10) Pufendorf observ. jur. Tom. IV. obs. 114. Glücks Commentar Bd. XIX. S. 318.

(11) Kommissionsbericht auf die K. Resolution zu XVIII. Ständische Adresse auf die leztere vom 7. Juli 1824.

bei der allgemein gültigen Regel von der Untheilbarkeit des Pfandrechtes für den Juristen nicht zu mißkennen ist.

Art. 98.

„Ein Gläubiger, welchem mehrere Güterstücke in ungetheilter Summe verpfändet sind, ist aus denjenigen Gütern zu befriedigen, deren Angriff für Rechtsansprüche Anderer, oder für den Schuldner, am wenigsten nachtheilig ist und zugleich dem Gläubiger die gebührende Zahlung sichert."

Wenn ein Schuldner seinem Gläubiger für eine und dieselbe Forderung mehrere Güter verpfändet hat, so kann es wohl seyn, daß es ihm durchaus nicht gleichgültig ist, welches von diesen Gütern der Gläubiger zu seiner Befriedigung angreift, denn das eine Gut ist leicht mehr geeignet, dem Schuldner und seiner Familie Nahrung zu verschaffen, als das andere, oder wenn es aus einem Zusammenhange von Gütern gerissen wird, verlieren die übrigen an ihrem Werthe. Daher die Bestimmung, daß der Gläubiger vorerst aus denjenigen Gütern befriedigt werden solle, deren Angriff dem Schuldner am wenigsten nachtheilig ist.

Die nämliche Bestimmung ist auch zum Besten anderer Betheiligten gegeben. Man setze, daß dem Gläubiger A die Güter 1. 2. 3., deren jedes einen Werth von 1000 fl. hat, für eine Forderung von 1000 fl. verpfändet seyen. Auf das Gut 2. hat später der Gläubiger B und auf das Gut 3. hat C ein Unterpfand erhalten. Würde nun A wegen seiner Forderung ohne Weiteres aus dem Gute 2. oder 3. befriedigt, so würden B oder C ihr Unterpfandsrecht verlieren.

Wenn er daher seine Befriedigung auch aus dem Gute 1. erhalten kann, so sollen die Güter 2. und 3. zum Besten der nacheingesezten Pfandgläubiger verschont bleiben.

Die nämliche Rücksicht tritt ein, wenn einem Dritten auf eines der verpfändeten Güter ein Eigenthumsrecht, oder ein anderer Anspruch zusteht, welcher nicht in das Unterpfandsbuch eingetragen worden ist (1), und verloren gienge, sobald der Gläubiger gerade aus diesem, und nicht aus einem andern der ihm verpfändeten Güter befriedigt würde.

Indeß wird, damit diese ausschließliche Verweisung des Gläubigers auf eines der verpfändeten Güter stattfinden könne, nicht nur erforderlich seyn, daß seine Befriedigung auf diese Weise überhaupt möglich, sondern auch, daß sie für ihn nicht mit größeren Beschwerlichkeiten verbunden sey. So dürfte es sich z. B. schwerlich rechtfertigen lassen, wenn ein Gläubiger zu seiner Befriedigung aus einem der mitverpfändeten Güter auf Zieler verwiesen würde, während ein anderes Gut, welches zum Besten eines spätern Pfandgläubigers nicht angegriffen werden wollte, gegen baares Geld hätte verkauft werden können.

Die Bestimmung des vorliegenden Artikels ist aus Rücksichten der Billigkeit hervorgegangen, und es liegt daher in dem Wesen der Sache, daß sie nicht zu Kränkung wirklicher Rechte mißbraucht werden darf. Jeder Gläubiger aber, welchem mehrere Güter für dieselbe Schuld verpfändet sind, hat ein erworbenes Recht darauf, daß er diese Güter um seiner Befriedigung willen ohne Unterschied angreifen, und seine Bezahlung aus dem Werthe des einen, wie des andern suchen darf. Nur wenn es für ihn gleichgültig ist, aus welchem der Güter er befriedigt wird, kön-

(1) Art. 74. folg.

nen nach allgemeinen Grundsätzen die Ansprüche anderer minder berechtigter Personeu ohne Rechtsverletzung berücksichtigt werden, und es läßt sich nichts anders annehmen, als daß der Gesetzgeber nur diesen Fall im Auge gehabt habe.

Art. 99.

„Diesem gemäß werden bei einem Konkurse, wenn einem oder mehreren Gläubigern verschiedene Güter in ungetheilter Summe verpfändet, und auf einem oder mehreren derselben Nachunterpfänder bestellt sind, die Erlöse aus diesen Gütern zusammen geworfen, und solche so weit sie reichen, den sämmtlichen auf die erwähnten Güter versicherten Pfandgläubigern nach der Zeitordnung ihrer Forderungen zuerkannt; jedoch in dem Maße, daß gleichwohl die Befriedigung jedes Gläubigers auf den Erlös aus den ihm verpfändeten Gütern, vorbehältlich der über die Art der Verweisung ertheilten besonderen Bestimmung (Art. 103.), beschränkt bleibt.

Art. 100.

Nach diesem Grundsatze des Vorzugs der Zeit sind die jüngeren Gläubiger zum Nachtheil älterer nicht berechtiget, die Vertheilung der bevorzugten Forderungen nach dem Verhältnisse des Werthes der Unterpfänder zu verlangen.

Dagegen kann der ältere Pfandgläubiger in der Ausübung des ihm in Beziehung auf verschiedene Unterpfänder zustehenden Wahlrechts in so weit nicht beschränkt werden, als davon seine Befriedigung wegen eigener späteren Hypothekarforderungen abhängt.

Art. 101.

Ein Gläubiger, welcher bei der im Art. 99 erwähnten Konkurrenz selbst alsdann, wenn die auf das ihm verpfän-

dete Gut und zugleich auf die anderen Güter versicherten Forderungen ganz außer Berechnung gelassen werden, seine Befriedigung aus dem Erlöse des Guts entweder gar nicht oder nicht vollständig zu erwarten hat, bleibt, ohne Rücksicht auf den etwaigen Vorzug der Zeit, dem Grundsatze jenes Artikels zu Folge, von der Konkurrenz ganz oder zum Theil ausgeschlossen.

Dagegen ist nach eben diesem Grundsatze demjenigen Gläubiger, welcher aus dem Erlöse des ihm verpfändeten Gutes in allen Fällen, nämlich auch bei voller Einrechnung der Forderungen der auf dieses Gut und zugleich auf die anderen Güter versicherten Gläubiger, seine Befriedigung zu erwarten hat, der Betrag seiner Forderung zuzuerkennen, wenn gleich anderwärts versicherte und in der Konkurrenz begriffene Gläubiger ihr Pfandrecht früher erlangt haben sollten.

Art. 102.

Uebersteigt der Erlös von einem verpfändeten Gute die Summe der darauf versicherten Schulden; so wird bei einem Konkurse der Ueberschuß für die gemeine Masse ausgeschieden.

Sind hierbei für eine oder mehrere der auf jenem Gute haftenden Forderungen noch andere Güter solidarisch mitverpfändet, so ist, um den Ueberschuß zu berechnen, die ganze Schuldsumme, mit voller Einrechnung jener Forderungen, von dem Erlös in Abzug zu bringen.

Art. 103.

Besteht in dem vorausgesezten Falle einer Konkurrenz der Erlös aus den zu Befriedigung der Gläubiger verkauften Unterpfändern theils in baarem Gelde, theils in Güterzielern, so sind im Wege der Verweisung die

besseren Befriedigungsmittel stets den älteren Forderungen vor den jüngeren zuzutheilen, wenn und soweit dergleichen Mittel in dem Unterpfande der älteren Forderungen sich befinden.

Zu Art. 98 — 103 s. die Beilage.)"

---

1) Im Allgemeinen.

Wenn über einen Schuldner, welcher mehrere Unterpfandsgläubiger hat, der Konkurs ausbricht, so entsteht die Frage, auf welche Weise diese Gläubiger aus dem Werthe der Unterpfänder zu befriedigen seyen. Denn es ist zwar in den vorhergehenden Artikeln bestimmt, daß die Befriedigung der Gläubiger nach der Zeitordnung stattfinden solle, allein diese Bestimmung an sich entscheidet noch nicht darüber, wie es gehalten werden soll, wenn einem Gläubiger für seine Forderung mehrere Güter verpfändet sind, wenn andere Gläubiger auf alle oder doch einen Theil derselben Güter Unterpfandsrechte erhalten haben, oder wenn ein Theil der Güter auf Zieler, der andere gegen baares Geld verkauft wird. Von welchen der ihm verpfändeten Güter soll nun der bevorzugte Gläubiger befriedigt werden, und wie soll die Verweisung der Zieler und des baaren Geldes geschehen? Wie soll ferner der Ueberschuß, welchen eines von den verpfändeten Gütern über die darauf haftenden Forderungen hat, für die gemeine Masse berechnet werden (2).

Es kann nun zwei Hauptarten der Verweisung geben (3).

Entweder werden die bevorzugten Gläubiger aus sämmtlichen ihnen verpfändeten Gütern nach dem Verhältnisse ih-

---

(2) Vergl. Prioritätsgesetz Art. 10.

(3) Vergl. die Motive zu dem Gesetzesentwurfe Erste Abth. des 3ten außerord. Beil. Hefts S. 81. folg.

rer Forderung zu denselben und nach dem Werthe der Güter unter sich befriedigt. Wenn z. B. dem A für seine Forderung von 1200 fl. ein Acker im Erlöse von 1000 fl., ein Haus im Erlöse von 4000 fl. und eine Wiese im Erlös von 1000 fl. verpfändet worden sind, so erhält er aus dem Erlöse des Ackers 200 fl., aus dem des Hauses 800 fl. und aus dem der Wiese 200 fl. — Diese Art der Verweisung möchte juristisch streng genommen die richtigste seyn. Allein sie kann in manchen Fällen zum größten Schaden der nacheingesezten Pfandgläubiger gereichen. Denn es kann seyn, daß B und C für ihre Forderungen von je 2000 fl. auf das nämliche Haus eine spätere Versicherung erhalten haben. Würde nun der Gläubiger A von dem Werthe des Hauses 800 fl. erhalten, so wäre diß ein wahrer Verlust für B und C, während doch A aus dem Acker oder der Wiese seine Befriedigung hätte bekommen können.

Billiger scheint daher wenigstens auf den ersten Anblick eine zweite Verweisungsart zu seyn, welche darinne besteht, daß sämmtliche Güter, auf welchen Unterpfänder haften, in eine Masse zusammengeworfen, und die Unterpfandsgläubiger ganz nach dem Zeitvorzuge aus deren Werthe befriedigt werden (4). Allein einer solchen Verweisung

---

(4) Diesen Weg hat der baier'sche Gesetzgeber eingeschlagen, indem er in §. 19. der Prioritätsordnung bestimmt, daß ein früherer in ungetheilter Summe auf mehrere Güter versicherter Gläubiger zum Besten der Nachhypothekare wo möglich so befriedigt werden solle, daß dieselben ihre Hypotheken nicht verlieren und sodann fortfährt: „Können aber durch die Anweisung der ganzen Forderung auf den Erlös eines oder des andern der hypothecirten Güter nicht alle auf den verschiedenen Gütern eingetragenen Forderungen befriedigt werden, so müssen die Kaufschillinge aller dieser hypothecirten Güter zusammengeworfen, und aus dem Gesammterlöse die auf alle hypothecirten Güter

widerspricht der Grundsatz der Specialität und es können dadurch wirklich erworbene Rechte verlezt werden, indem ein Gläubiger, der das erste Unterpfandsrecht auf ein gewisses Gut erworben hat, zugleich aber der lezte, oder einer der lezten Pfandgläubiger des Schuldners im Allgemeinen ist, seine ihm von Rechts wegen gebührende Befriedigung auf diese Wiese ganz verlieren kann. Man nehme folgenden Fall: der Gläubiger A hat für eine Forderung von 1000 fl. ein Unterpfand auf ein Haus und einen Acker vom 1. Januar, B. auf das Haus für 2000 fl, vom 1. Februar, C auf das Haus für 2000 fl. vom 1. März, D für 1000 fl. auf den verpfändeten Acker vom 1. April, und es werden aus dem Hause 4000 fl., aus dem Acker 1000 fl. gelöst. Wirft man nun diese Erlöse zusammen, und befriedigt die Gläubiger nach der Zeitordnung, so erhält A 1000 fl. B 2000 fl. C 2000 fl. und D erhält nichts, während nach der andern juristisch richtigeren Theilungsweise B und C aus dem Ackererlöse gar nichts, A aus demselben nur den fünften Theil seiner Forderung mit 166 fl. 40 kr. und D den Rest aus demselben erhalten, also beinahe ganz bezahlt werden würde.

Um nun das Unpassende oder Unrichtige dieser beiden Verweisungsarten zu vermeiden, hat unser Gesetzgeber einen Mittelweg eingeschlagen.

Der Erlös der verpfändeten Güter wird nämlich zwar in eine Masse geworfen, dabei aber zugleich der Grundsatz der Specialität befolgt.

2) Nähere Entwicklung der gesetzlichen Bestimmungen.

---

eingetragenen Forderungen nach der Priorität der Zeit ohne Unterschied, auf welche Grundstücke sie ursprünglich eingetragen waren, locirt werden!“

a) Wenn dem einen Gläubiger dieses, dem zweiten jenes, dem dritten wieder ein anderes, mit einem Worte verschiedenen Gläubigern verschiedene Güter verpfändet sind, so bedarf es keines Zusammenwerfens des Erlöses aus den verpfändeten Gütern, sondern jeder Gläubiger wird aus dem Gute befriedigt, auf welches er ein Unterpfand erhalten hat.

b) Hat ein Gläubiger ein Unterpfandsrecht auf ein gewisses Gut, aber nur auf dieses Gut allein, nicht zugleich auf andere Güter für seine Forderung erworben, und der Schuldner hat später andern Gläubigern sowohl auf dieses Gut, als auf andere Güter ein Unterpfand bestellt, so wird der erste Gläubiger ohne ein weiteres Zusammentreffen mit diesen spätern Pfandgläubigern aus dem Erlöse des ihm verpfändeten Gutes befriedigt.

c) Anders verhält es sich, wenn einer oder mehrere Gläubiger Unterpfandsrechte auf mehrere Güter erhalten haben und wenn später noch weiteren Gläubigern Unterpfandsrechte auf diese Güter allein, oder auch noch auf andere bestellt worden sind, wenn z. B. A ein Pfandrecht auf das Haus und eine Wiese vom 1. Januar, B ein Pfandrecht auf die Wiese und einen Acker vom 1. Februar, C ein Pfandrecht auf das Haus vom 1. März erhalten haben. — Für Fälle dieser Art gelten nun folgende Regeln:

aa) Die Erlöse aus den verschiedenen verpfändeten Gütern werden in eine Masse zusammengeworfen (Art. 99.)

bb) Demungeachtet wird der Erlös aus jedem einzelnen Gute und sämmtliche darauf ruhende Forderungen gegenüber von der gemeinen Masse in Berechnung genommen. Es seyen z. B. drei Forderungen von je 1000 fl. auf einem Hause, zwei dieser Forderungen aber auch zugleich auf einem andern Gute versichert. In diesem Falle

werden sämmtliche versicherte Forderungen, wenn sie auch zugleich anderswo versichert sind, in Beziehung auf den Erlös aus dem Hause berechnet, und nur was über Abzug dieser sämmtlichen Forderungen übrig bleibt, fällt an die gemeine Masse. — So werden also, wenn gleich 2000 fl. an jenen 3000 fl. auch anderwärts versichert sind, doch die ganzen 3000 fl. in Anschlag gebracht, und nur das, was über 3000 fl. an dem Hause erlöst wird, fällt an die gemeine Masse. (Art. 102.)

cc) Die Gläubiger unter sich werden zwar im Allgemeinen der Zeitordnung nach aus der zusammengeworfenen Masse befriedigt, jedoch mit Rücksicht auf den Grundsatz der Specialität.

1) Wenn ein Gläubiger aus dem ihm verpfändeten Gute seine Befriedigung, abgesehen von den auf die andern Güter des Schuldners gelegten Unterpfandsrechten erhalten würde, oder mit andern Worten: wenn er sie erhalten würde, sobald die allgemeine Konkurrenz aller auf die verschiedenen Güter versicherten Gläubiger nicht stattfände, so muß ihm diese Befriedigung auch im Konkurse und ungeachtet des Zusammenwerfens der Erlöse werden. Man nehme den Fall: dem A sey das erste Unterpfand auf eine Wiese, aus der 1000 fl. erlöst worden, für eine Forderung von 600 fl. eingeräumt worden, und andere Gläubiger hätten vor ihm auf andere Güter Pfandrechte erhalten, so kann doch dem A seine Befriedigung aus der Wiese auf keinen Fall entzogen werden, weil er auch alsdann befriedigt worden wäre, wenn eine Koukurrenz der auf andere Güter versicherten Gläubiger nicht stattgefunden hätte. Wenn daher die anderen Güter zu Befriedigung sämmtlicher Gläubiger auch nicht zureichen, so muß eher ein auf eines der andern Güter,

wenn auch früher versicherter Gläubiger durchfallen (Art. 101. zweiter Satz.)

2) Wenn sich dagegen zeigt, daß ein auf ein Gut versicherter Gläubiger durchfallen müßte, selbst wenn die Forderungen derjenigen Gläubiger, welche auf dasselbe Gut und auch noch auf andere Güter Versicherung erhalten haben, gar nicht auf den Erlös jenes Gutes, sondern auf die anderen Güter verwiesen würden, so wird die Forderung jenes Gläubigers gar nicht in Berechnung genommen, weil er, abgesehen von aller Konkurrenz der auch auf die anderen Güter versicherten Gläubiger nichts erhalten hätte. Wenn z. B. zuerst A mit 1000 fl., dann B mit 2000 fl., zulezt C mit 1000 fl. auf das Gut X, und A zugleich auch auf andere Güter versichert sind, und aus dem Gute X nur 2000 fl. erlöst werden, so daß an C nichts käme, selbst wenn A auf die anderen ihm versicherten Güter verwiesen würde, so erhält C auch bei dem Zusammentreffen aller Gläubiger nichts. Würden dagegen aus dem Gute 2500 fl. erlöst, so daß wenn die Forderung des A nicht in Berechnung gebracht würde, an C noch 500 fl. kämen, so tritt er mit diesem Theile seiner Forderung in die Konkurrenz ein. (Art. 101. erster Satz.)

3) Wenn ein Theil der verpfändeten Güter gegen Zieler, der andere aber gegen baare Bezahlung verkauft worden ist, so kommt ebenfalls der Vorzug der Zeit, aber wieder beschränkt durch den Grundsatz der Speciälität in Anwendung. Wenn nämlich ein Gläubiger, abgesehen von der allgemeinen Konkurrenz sämmtlicher Pfandgläubiger aus einem ihm verpfändeten, gegen baare Bezahlung verkauften Gute seine Befriedigung erhalten hätte, so muß ihm auch jezt Anweisung auf Baarzahlung gegeben werden. Man nehme den Fall: A ist für 200 fl. auf ein

Haus und einen Acker versichert, B und C nach ihm auf das Haus und zulezt D für 300 fl. wieder auf den Acker. Wird nun das Haus auf Zieler, der Acker aber gegen baares Geld um 500 fl. verkauft, so muß D, wenn er gleich der Zeit nach der lezte aller Pfandgläubiger ist, baares Geld erhalten, denn er hätte es auch erhalten, wenn eine allgemeine Konkurrenz der Gläubiger nicht stattgefunden hätte (Art. 105.)

Durch diese Darstellung im Einzelnen werden die allgemeiner gefaßten Bestimmungen des Gesetzes, so wie das von dem Gesetzgeber angehängte Beispiel vollkommen anschaulich werden.

Zu noch größerer Verdeutlichung mag indessen auch noch ein weiteres Beispiel hier seinen Platz finden.

Es seyen an den Gläubiger 1. die Güter A und C für eine Forderung von 200 fl., an 2. die Güter A und B für 300 fl., an 3. das Gut B für 200 fl., an 4. das Gut B für 400 fl., an 5. das Gut A für 1000 fl., an 6. das Gut A für 200 fl., an 7. das Gut C für 100 fl. verpfändet. Die Gläubiger sind nach Ordnung der Zeit aufgeführt.

Aus A werden 1000 fl. baar, aus B 500 fl. und aus C 800 fl. je auf Zieler gelöst.

Die Uebersicht ist diese:

A.	B.	C.
1000 fl. baar	500 fl. Zieler	800 fl. Zieler.
1) 200 —	2) 300 —	1) 200 —
2) 300 —	3) 200 —	7) 100 —
5) 1000 —	4) 400 —	
6) 200 —		

Zuerst ist nun der Stand der Aktiv- und der Passivmasse zu berechnen.

Auf dem Gute A oder dessen Erlöse von 1000 fl. haf-

ten 1700 fl. Schulden. Würden auch 1 und 2 lediglich auf die Güter B und C verwiesen, so würde es doch ganz nicht zu Befriedigung des Gläubigers 6 hinreichen. Derselbe kömmt also gar nicht in die Konkurrenz. Dagegen kommt 5. in Konkurrenz mit seinen ganzen 1000 fl., denn ob er gleich nur 500 fl. erhalten könnte, wenn 1 und 2 bloß auf A versichert wären, so läßt sich doch die Möglichkeit annehmen, daß er mehr erhält, weil A und B weitere Versicherung erhalten haben.

Auf dem Gute B von 500 fl. haften 900 fl. Schulden. Wenn nun 2 auch nicht auf dessen Erlös verwiesen wird, so kann doch 4 an seiner Forderung von 400 fl. nur mit 300 fl. befriedigt werden. Er kömmt also nur mit 300 fl. in Konkurrenz.

Auf dem Gute C haften nur 300 fl. Schulden und es ist also ein Ueberschuß für die gemeine Masse vorhanden. Würde nun zwar 1) auf A verwiesen, so müßte der Ueberschuß noch größer ausfallen. Allein seine ganze Forderung wird in Anschlag gebracht (5), so daß der Ueberschuß für die gemeine Masse nur 500 fl. beträgt. Das Gut C kömmt daher für die Unterpfandsgläubiger mit 300 fl. in Berechnung.

Die Gläubiger werden nun nach der Zeitordnung auf die verschiedenen Erlöse verwiesen, jedoch so, daß der, welcher, abgesehen von der allgemeinen Konkurrenz Baarzahlung, oder Zieler erhalten hätte, diese oder jene auch jezt erhält.

Demnach erhalten:

1) 200 fl. baar aus A.
2) 300 fl. baar aus A.

---

(5) Nur auf diese Weise ist es möglich, dem Gläubiger 5. einigen Ersatz dafür zu verschaffen, daß 1. ganz auf A verwiesen wird.

3) 200 fl. in Zielern aus B, weil er auch ohne die allgemeine Konkurrenz nie etwas von dem Baarerlöse aus A erhalten haben würde.
4) 300 fl. aus B in Zielern.
5) 500 fl. aus A baar.
200 fl. aus C in Zielern.
7) 100 fl. aus C in Zielern

nach folgender Uebersicht:

A.	B.	C.
1000 fl. baar	500 fl. Zieler	300 fl. Zieler.
1) 200 —	3) 200 —	5) 200 —
2) 300 —	4) 300 —	7) 100 —
5) 500 —		

4) fällt durch mit 100 fl.
5) — — — 300 —
6) — — — 200 —

und die gemeine Masse erhält aus C 500 fl.

Art. 104.

„Der durch den früheren Eintrag erworbene Vorzug kann von dem Pfandgläubiger einem später eingetragenen Gläubiger, jedoch unbeschadet der Vorzugsrechte Anderer, abgetreten werden.

Die bloße Abtretung des Vorzugs begründet an sich nicht den Verzicht auf das Unterpfandsrecht; vielmehr rückt der Abtretende auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt in die Stelle desjenigen ein, zu dessen Gunsten er sich seines Vorzugs begeben hat. (Vergl. Art. 82.)

Art. 105.

Auch ohne Cession tritt ein Pfandgläubiger, mit Beibehaltung seines bisherigen Rechts, in die Stelle eines andern auf eben dieselbe Sache versicherten Gläubigers ein, wenn er die Forderung des Lezteren ablöst.

Zur Gültigkeit dieser Ablösung wird erfordert, daß

der Schuldner einwillige, oder daß der abzulösende Gläubiger seine Forderung eingeklagt habe.

Art. 106.

Die Ablösung geschieht mittelst vollständiger Befriedigung des Gläubigers. Nimmt derselbe die angebotene Zahlung nicht an, so ist die Ablösungssumme auf seine Gefahr gerichtlich zu hinterlegen.

Tritt hierdurch der ablösende Gläubiger in eine vorzüglichere Stelle ein, so können die Rechte der in der Mitte stehenden Pfandgläubiger nicht verlezt werden.

Art. 107.

Wird ein Pfandgläubiger mittelst eines Anlehens, welches der Schuldner aufnimmt, befriedigt, so tritt der neue Darleiher in die Stelle des alten befriedigten Gläubigers nur dann ein, wenn in dem Unterpfandsbuche sogleich bei Löschung der älteren Schuld ausdrücklich bemerkt wurde, daß dem neuen Gläubiger vom Schuldner nicht nur ebendasselbe Unterpfand, sondern auch zugleich die Stelle des befriedigten Gläubigers eingeräumt sey.

Art. 108.

In die Rechte eines befriedigten Gläubigers tritt ferner der dritte Besitzer einer verpfändeten Sache, welcher von einem Pfandgläubiger in Anspruch genommen wurde, unter den Art. 120 f. enthaltenen Voraussetzungen und mit der dort bestimmten Wirkung ein.

Art. 109.

Endlich kann überhaupt der Käufer einer verpfändeten Sache, auch außer dem Falle, wenn diese durch den Verkauf von aller Verbindlichkeit befreit wird (Artikel 129. f.), gegenüber von andern Pfandgläubigern die Rechte eines gleich oder mehr bevorrechteten Gläubigers

in Beziehung auf jene Sache so weit geltend machen, als der Erlös aus solcher zu Befriedigung dieses Gläubigers verwendet worden ist."

Die vorliegenden Artikel handeln von der Art und Weise, wie ein späterer Pfandgläubiger die Vorzugsrechte eines früheren erwerben, oder wie ein jeder Andere in die Stelle eines Pfandgläubigers treten kann. Unser Gesetz schließt sich hier ganz an das römische Recht an und es ist daher von Interesse, die näheren Bestimmungen desselben kennen zu lernen.

Römisches Recht.

Es kann Jemand in die Stelle eines Pfandgläubigers bald mit, bald ohne dessen Einwilligung treten.

I. Mit Einwilligung des Pfandgläubigers, indem

1) dieser seine Rechte abtritt, oder

2) in die weitere Verpfändung der ihm versicherten Sache an einen Andern einwilligt (1).

II. Auch ohne Zustimmung eines Pfandgläubigers.

1) Vermöge des jedem andern Pfandgläubiger (2)

---

(1) In dieser Zustimmung scheint ein Verzicht des Gläubigers auf sein Pfandrecht zu liegen. Vergl. l. 12. pr. D. quib. mod. pign. (20. 6.) mit l. 12, §. 4. D. qui pot. (20. 4.) Ueber die jetzige Nichtanwendbarkeit dieser Bestimmung s. unten zu Art. 104.

(2) Die Gesetze sprechen nur von nachstehenden Pfandgläubigern, weil für diese das Anbietungsrecht von größerer Wichtigkeit ist. Es läßt sich indessen nicht einsehen, warum dasselbe nicht auch vorstehenden Pfandgläubigern zukommen sollte. l. 8. C. qui pot. (8. 18.)

zustehenden Anbietungsrechtes, von welchem aber einfache Gläubiger keinen Gebrauch machen können und welches darinne besteht, daß einem Pfandgläubiger von dem Anbietenden die ganze Summe, wofür ihm das Pfand haftet (3), bezahlt, oder, wenn er die Bezahlung nicht annehmen will, dieselbe hinterlegt wird (4). Die verpfändete Sache haftet nun dem Anbietenden sowohl für seine erste eigene, als für die von dem Andern ausgelöste Forderung selbst gegen den Willen des Schuldners (5), ohne daß es einer Cession von Seiten des ausgelösten Gläubigers bedarf (6). Die Rechte der in der Mitte stehenden Gläubiger dürfen aber dadurch nicht verlezt werden, so daß ein dritter Pfandgläubiger, wenn er dem ersten anbietet, nur mit der Summe, welche den Betrag der pfandrechtlichen Forderung des ersten ausmachte, in dessen Stelle tritt, wenn auch seine eigene Forderung größer wäre (7).

Ist die verpfändete Sache, in Beziehung auf welche das Anbietungsrecht geltend gemacht werden will, schon verkauft, so findet es nur noch Statt, 1) wenn der frühere Pfandgläubiger dieselbe von dem Schuldner an Zahlungsstatt erhalten (8), oder wenn 2) der frühere Pfandgläubi-

---

(3) l. 5. C. qui pot. (8. 18.) l. 1. C. etiam ob chirographariam pecun. (8. 17.)

(4) l. 1. 10. C. qui pot. l. 4. C. de his qui in prior. loc. (8. 19.) l. 11. §. 4. D. qui pot. (20. 4.)

(5) l. 12. §. 6. D. eod. l. 22. C. de pign. et hypoth. (8. 14.)

(6) l. 16. D. qui pot. „ — — plane cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum ejus substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit.“ Gesterding S. 262. folg. Dagegen Westphal §. 172. Not. 189. Günther §. 690.

(7) l. 16. D. qui pot. Hoffacker §. 1217. Thibaut §. 654.

(8) l. 1. C. si antiq. cred. (8. 20.) Donellus Comm. ad h. t.

ger dieselbe gegen Bezahlung seiner Forderung an einen späteren abgetreten hat (9), 3) wenn dem Bürgen nach geleisteter Zahlung an einen Pfandgläubiger die verpfändete Sache zugesprochen worden ist (10), 4) wenn der Pfandschuldner ohne Zustimmung des früheren Pfandgläubigers die Sache verkauft und diesen mit dem Erlöse abgefunden hat (11).

Das Anbietungsrecht erlischt in allen andern Fällen der Veräußerung der verpfändeten Sache, ferner durch Verjährung und nach Vielen durch den Ausbruch eines Konkurses (12).

2) Außerdem können Dritte, welche nicht Pfandgläubiger sind, an die Stelle eines Pfandgläubigers treten.

a) Wenn Jemand dem Schuldner Geld vorschießt, damit er den Pfandgläubiger befriedige und ihn an dessen Stelle treten lasse, und der Schuldner diß ins Werk richtet (13).

b) Wenn Jemand ein verpfändetes Grundstück kauft und der darauf versicherte Gläubiger von dem Erlöse befriedigt wird, oder wenigstens, so weit er befriedigt wird (14).

---

(9) l. 5. §. 1. l. 6. D. de distr. pign. (20. 5.)

(10) l. 5. §. 1. l. 2. eod. l. 59. D. de fidej. (46. 1.)

(11) l. 3. D. de distr. pign. Westphal §. 177.

(12) Gail observ. ll. 18. §. fin. Cünther I. cit. Gesterding S. 273. Daß ein Gläubiger das Anbietungsrecht nicht mehr ausüben kann, wenn sein Pfandrecht erloschen ist, versteht sich nach röm. Gesetzen von selbst.

(13) l. 12. §. 8. 9. l. 9. D. qui pot. l. 3. D. qu. res pign. (20. 3.) l. 1. pr. D. quib. mod. pign. (20. 4.) l. 1. C. de his qui in prior. cred. loc. (8. 19.) Donellus Comm. ad l. 21. C. de pign. Comm. ad tit. 19. 20. C. (8.)

(14) l. 17. D. qui pot. (20. 4.) l. 3. C. de his qui in prior. cred. loc. Darauf, ob bei dem Kaufe ausgemacht wurde, daß

c) Der dritte Besitzer in gutem Glauben, welcher mit der Pfandklage belangt wird, kann von dem klagenden Gläubiger gegen Bezahlung seiner Forderung die Abtretung seiner Rechte verlangen (15).

Das neue Gesetz.

In dem Entwurfe (§. 81—83.) und den Ausschußsätzen (II. 47.) war bloß von der freiwilligen Abtretung und von dem Anbietungs- oder Ablösungsrechte, nicht aber von den andern Fällen des Eintritts in die Stelle eines Gläubigers die Rede.

Die Kommission und mit ihr die Kammer trugen dagegen darauf an, auch die unter II. 2. aufgeführten andern Fälle ausdrücklich aufzunehmen, und wenn gleich die Regierung hierauf erwiederte, daß eine vollständige Aufzählung der schon im gemeinen Rechte begründeten Fälle des Eintrittsrechtes werde umgangen werden können (16), so nahm sie doch später die von der Kammer in Antrag gebrachten weitern Bestimmungen auf. (Art. 105—109.)

Zu Art. 104.

Von der Abtretung.

In dem Gesetze ist bloß bestimmt, daß ein Pfandgläubiger dem andern seinen der Zeit nach besseren Platz abtreten könne. Es wird aber die Regel, daß ein Pfandgläubiger einem einfachen Gläubiger sein Pfandrecht abtreten kann, nicht als aufgehoben anzusehen seyn, weil sie in der Natur der Sache gegründet und allgemeinen Grundsätzen angemessen ist. Darüber hat es indessen bei diesen

---

der Pfandgläubiger aus dem Erlöse bezahlt werden solle, scheint nach l. 17. D. qui pot. nichts anzukommen.

(15) l. 19. D. qui pot. Daß dieser Eintritt jezt von selbst stattfindet, ist in Art. 120. enthalten.

(16) Kommiss. Antr. XXI. 3. Hauptantr. XIX. 4. K. Resc. hierauf.

sein Bewenden und wir haben nur auf die Bestimmungen unseres Gesetzes näher einzugehen.

1) Natur des Abtretungsrechtes.

Dasselbe besteht, wie das Gesetz sagt, einfach darinne, daß ein früher versicherter Gläubiger einem andern später auf dieselbe Sache versicherten sein Zeitvorzugsrecht abtritt, und dafür mit seinen pfandrechtlichen Ansprüchen die Stelle des lezteren einnimmt.

Dieses Recht der Abtretung eines Pfandvorzuges kann für den Kredit des Schuldners, und oft auch für den abtretenden Gläubiger selbst von Wichtigkeit seyn. Der Schuldner kann vermöge seiner persönlichen Eigenschaften den ausgedehntesten Kredit verdienen, allein derjenige, bei welchem er ein Darlehen sucht, kennt ihn nicht, er findet, daß auf sein Haus bereits ein Unterpfand bestellt ist und glaubt sich durch eine Nachhypothek nicht hinlänlich gesichert. Wenn nun der schon früher versicherte Gläubiger die Verhältnisse des Schuldners näher kennt, wenn er mit dem Werthe des ihm verpfändeten Hauses oder Gutes besser bekannt ist, so wird er sich vielleicht dazu verstehen, dem zweiten Gläubiger seine Stelle einzuräumen, und mit dem Zeitvorzuge, welchen dieser außerdem erhalten hätte, zufrieden zu seyn.

Oder man nehme den Fall, daß die Ehefrau mit ihrem Beibringen auf ein Gut ihres Mannes versichert sey. Der Mann bedarf eines Darlehens, um sein Gewerbe emporzubringen, allein ein Dritter will ihm nur unter der Bedingung Geld leihen, daß er die erste Versicherung auf jenes Gut erhält. Hier kann es in dem Vortheile der Frau liegen, ihren Unterpfandsvorzug abzutreten und sich mit der Nachhypothek zu begnügen, weil es dadurch ihrem Manne vielleicht möglich gemacht wird, in bessere Umstände zu kommen.

2) Bedingungen für die Gültigkeit einer Abtretung.

Jeder Abtretung muß in der Regel (17) ein Vertrag zu Grunde liegen. Es wird also von Seiten des Abtretenden die Fähigkeit, über Rechte und namentlich über dingliche Rechte zu verfügen, vorausgesezt, und Minderjährige können also eine solche Abtretung nur unter den nämlichen Bedingungen vornehmen, wie eine Veräußerung liegender Güter.

Daß die Abtretung geschehen sey, muß in dem Unterpfandsbuche bemerkt werden (18).

Darüber, ob die Ehefrau, welche zum Besten ihres Mannes den Vorzug ihres Unterpfandsrechtes abtritt, nur einen Kriegsvogt zuziehen, oder die nöthige Erklärung gerichtlich geben müsse, könnte ein Zweifel entstehen. Gönner erblickt hier eine Bürgschaft der Frau für ihren Mann und will die Förmlichkeiten solcher Bürgschaften beobachtet wissen.

Allein ich kann die wesentlichen Merkmale einer Bürgschaft hier nicht entdecken, indem ja die Frau nicht mit ihrem Vermögen für die Schuld des Mannes zu haften verspricht, und glaube daher, daß sie die Handlung der Abtretung zwar nicht unter Beistand ihres Mannes allein, weil ein besonderes Interesse desselben dabei denkbar ist (19), aber doch unter einfacher Zuziehung eines

---

(17) Es läßt sich denken, daß eine Abtretung auch durch einen lezten Willen befohlen würde. Jedoch beruht am Ende die Aufrechthaltung desselben auch auf dem Quasicontrakt der Erbschaftsantretung.

(18) Vergl. die Erläuterung zu Art. 72. 4. uud Art. 110. 111. 2. c.

(19) Landrecht Th. II. Tit. 29. §. 2. (S. 317.)

andern verpflichteten Geschlechtsvormundes vornehmen kann.

3) Ueber die beiden Fälle des römischen Rechtes.

Daß in unserem Gesetze der erste Fall des römischen Rechtes, (s. oben I. 1.) nämlich Abtretung vermöge ausdrücklichen Vertrages gemeint sey, ist nicht zu bezweifeln. Dagegen entsteht die Frage, ob eine Abtretung des Zeitvorzuges auch dann noch anzunehmen sey, wenn ein Pfandgläubiger in eine weitere Verpfändung des ihm versicherten Gutes einwilligt. (S. I. 2.) Wenn man indeß bedenkt, daß nach l. 12. pr. D. quib. mod. solv. pign. (20. 6.) in dieser Einwilligung des Gläubigers nicht sowohl die Abtretung seines Zeitvorzuges, als ein Verzicht auf sein Pfandrecht liegt, der nach der ausdrücklichen Bestimmung des vorliegenden und des Art. 128. in diesem Falle nicht mehr angenommen werden soll, so wird man die aufgeworfene Frage verneinen müssen.

4) Wirkung der Abtretung.

Diese besteht einfach darinne, daß derjenige spätere Gläubiger, an welchen ein früherer den Zeitvorzug seines Pfandrechtes abtritt, an die Stelle des lezteren und dieser dafür an seine Stelle tritt. Sie tauschen die Plätze, ohne daß jedoch die in der Mitte stehenden Gläubiger dadurch berührt werden. Man setze den Fall: A habe ein Pfandrecht auf das Gut X für 1000 fl., vom 1. Januar 1824, B und C jeder eines auf dasselbe Gut von 500 fl. vom 1. Febr. und D ein Pfandrecht für 1500 fl. vom 1. März. Tritt nun A sein Vorzugsrecht an D ab, so tritt dieser in die erste Stelle mit 1000 fl. an seiner Forderung von 1500 fl., mit den übrigen 500 fl. bleibt ihm seine vorherige Stelle, und A erhält eben dieselbe mit seiner For-

derung von 1000 fl., die Rechte von B und C aber bleiben die nämlichen, wie zuvor.

Hieraus folgt auch, daß wenn derjenige, welcher an die Stelle eines früheren Gläubigers getreten ist, befriedigt wird, der leztere abtretende Gläubiger mit seiner Forderung die vorige Stelle nicht wieder einnimmt. Denn die Pfandgläubiger, welche in der Mitte stehen, haben ein Recht, vorzurücken, wenn der Pfandanspruch, mit welchem ihnen ein Anderer vorsteht, erloschen ist (20).

5) Von Vormerkungen.

Es wird, da der Grund des Gesetzes auch hier eintritt, keinem Anstande unterworfen seyn, daß Jemand auf den Zeitvorzug, welchen er durch den Eintrag einer Vormerkung erworben hat, zum Besten eines Andern verzichten könne. Wenn z. B. A den Eintrag eines Pfandrechtes auf das Gut X verlangt, die Sache ist aber noch einem Anstande unterworfen, so daß er sich bis zur Entscheidung darüber mit dem Eintrage einer Vormerkung begnügen muß, so wird er einem Gläubiger, der nachher ein Pfandrecht auf die Sache erwirbt, auf den Fall, daß die für ihn eingetragene Vormerkung in ein wirkliches Unterpfand übergehe, den Zeitvorzug derselben abtreten können.

6) Von Verwahrungen.

Ebenso kann ohne Zweifel ein Verzicht in Beziehung auf eingetragene Verwahrungen stattfinden. Man setze den Fall, A habe ein Rückfallrecht auf ein gewisses Gut und es sey zu Wahrung dieses Rechtes in dem Unterpfandsbuche ein Eintrag gemacht worden; das Gut sollte nun an B verpfändet werden, das Recht des A steht aber dieser Verpfändung im Wege. Hier wird nun zwischen A und B ein Vertrag dahin abgeschlossen werden können, daß jener

---

(20) Vergl. auch l. 12. pr. D. quib. mod. pign. (20. 6.)

sich zum Vortheile des B seines Rechtes nicht bedienen wolle, welcher Verzicht ihn aber dieses Rechtes nur gegen B, nicht gegen Dritte verlustig macht.

Zu Art. 105.

Von dem Ablösungs- (oder Anbietungs-) Rechte.

Dieses Recht (jus offerendi) ist nach unserem Gesetze das nämliche, wie nach dem römischen Rechte, und ohne Zweifel sind auch die näheren Bestimmungen des lezteren jezt noch anzuwenden, soferne nicht unser Gesetzgeber ausdrücklich davon abgegangen ist, oder aus dem Wesen des ganzen Gesetzes Abweichungen folgen. Es wird daher genügen, diese Punkte hervorzuheben.

1) Beschränkung des Ablösungsrechtes.

Nach den römischen Gesetzen kann das Anbietungsrecht unter allen Umständen von einem Pfandgläubiger gegen einen andern auf dieselbe Sache versicherten ausgeübt werden. Unser Gesetz dagegen gestattet dessen Ausübung nur, wenn entweder der Schuldner einwilligt, oder der abzulösende Gläubiger seine Forderung eingeklagt hat.

Dieses Recht kann nämlich in vielen Fällen für den ablösenden Pfandgläubiger von großer Wichtigkeit seyn. Er kann den Schuldner, mit welchem er in näheren Verhältnissen steht, dadurch von etwaigen Chikanen seines Mitgläubigers retten, oder er glaubt, daß er besser gedeckt ist, wenn ihm das ungeschmälerte Pfandrecht auf eine sonst freie Gütermasse zusteht, oder kann er es endlich mittelst der Ablösung abwenden, daß der ihm vorstehende Mitgläubiger nicht zur Unzeit für ihn aufkündigt und auf den Verkauf des verpfändeten Gutes dringt. Man nehme nur den Fall, daß A auf ein Gut mit 1000 fl. zuerst, und nach ihm B mit 500 fl. versichert sey. Nun könnte

A auf den Verkauf des Gutes zu einer Zeit dringen, in welcher nur ein niederer Erlös zu erwarten ist, so daß er zwar aus demselben befriedigt werden könnte, B aber für seine Forderung wenig oder nichts erhielte. Um diß abzuwenden, löst B die Forderung des A ab und wartet mit seinem dadurch auf 1500 fl. gestiegenen pfandrechtlichen Anspruche eine bessere Zeit ab.

Dagegen kann auf der andern Seite das Ablösungsrecht ebenso zum Nachtheile des Schuldners benüzt werden. „Ein Güterbesitzer, (sagte der Abgeordnete von Closen in der baier'schen Ständeversammlung (21)) ist auf seine 40,000 fl. werthe Realität 24,000 fl. schuldig, die ersten 20,000 fl. an Verwandte, die gar nicht gedacht hätten, ihre Kapitalien aufzukündigen, jedoch wenn sie ihr Geld bekommen, solches gerne auf andere Weise verwenden, die vier lezten einem Geschäftsmanne. Dieser, lüstern nach dem Gute, zahlt die 20,000 fl. den Verwandten heim und zwingt nun durch Aufkündigung der 24,000 fl. den Gutsbesitzer zum Verkaufe. Warum sollen, wenn der spätere Gläubiger hinlänglich gedeckt, wenn er seine Forderung durch geeignete Rechtsmittel zu realisiren im Stande ist, die älteren Gläubiger und der Schuldner ihre wechselseitigen Verhältnisse wider ihren Willen aufgeben müssen? Ist nicht auch öfters der Gläubiger froh, sein Geld sicher angelegt zu haben?"

Diese verschiedenen Rücksichten mögen den Gesetzgeber bestimmt haben, das Ablösungsrecht zwar beizubehalten, aber es auf die angegebene Weise zu beschränken. Willigt nun der Schuldner in die Ablösung, so ist diß seine Sache und dem abzulösenden Gläubiger geschieht kein Unrecht, indem es dem Schuldner ebenso gut frei-

---

(21) Verhandlungen Bd. III. S. 209.

stünde, ihn mit dem Gelde des ablösenden selbst zu bezahlen, hat aber der abzulösende Gläubiger einmal seine Forderung eingeklagt, so hat auch der Schuldner von dem weiteren Gläubiger, welcher auslösen will, nichts Schlimmeres zu befürchten.

Es fragt sich, ob nicht die bloße Aufkündigung von Seiten des abzulösenden Gläubigers die nämliche Wirkung habe, wie das Einklagen der Forderung? Die Bejahung der Frage hat sehr vieles für sich, allein da der Gesetzgeber ausdrücklich nur den Fall des Einklagens nennt, so wird man sie verneinen müssen.

Das preußische Gesetz macht den Pfandgläubiger verbindlich, seine Forderung von einem Andern, welcher ein dingliches Recht auf die Sache hat, ablösen zu lassen, sobald der Zahlungstermin abgelaufen ist (22), was sich zwar an sich rechtfertigen läßt, bei uns jedoch vermöge der ausschließenden Bestimmung des Gesetzes auch keine Anwendung finden kann.

2) Betrag der Ablösungssumme.

Damit der ablösende Gläubiger in die Stelle des Abzulösenden treten kann, muß er diesem alles dasjenige erstatten, worauf sein pfandrechtlicher Anspruch sich erstreckt, also nicht nur das versicherte Kapital selbst, sondern auch die verfallenen Zinnsen der zwei verflossenen und den Zinns des laufenden Jahres. Die Kosten des Einklagens ist er ihm aber nur dann zu erstatten schuldig, wenn die Verpfändung ursprünglich auch auf eine hiefür ausgesezte Summe sich erstreckte, weil außerdem die Einklagekosten unter der pfandrechtlichen Versicherung nicht begriffen sind (23).

3) Ein-

(22) §. 37 — 39.

(23) Vergl. Erläut. zu Art. 53 — 55.

3) Eintrag der Ablösung in dem Unterpfandsbuche.

Eine ausdrückliche Cession zwischen dem ablösenden und abgelösten Gläubiger, welche schon nach römischem Rechte nicht erforderlich ist, wird es nach unserem Gesetze um so weniger seyn. Dagegen ist es für den Ablösenden räthlich, einen Eintrag in dem Unterpfandsbuche über das abgeschlossene Geschäft herbeizuführen. (Vergl. Art. 110. Erläut. zu Art. 110 und 111. 2. b.)

4) Erlöschen des Ablösungsrechtes.

Da unser Gesetz hierüber nichts enthält, so sind die Bestimmungen des römischen Rechtes und die von dem Gerichtsgebrauche bisher befolgten Regeln als geltend anzusehen. Hievon macht jedoch der Fall eine Ausnahme, daß ein Pfandgläubiger wegen Erlöschen seines Pfandrechtes durch Verjährung sich auch des Ablösungsrechtes nicht mehr bedienen kann. — Pfandrechte erlöschen nach unserem Gesetze überhaupt nicht durch Verjährung, so lange sie in dem Unterpfandsbuche eingetragen bleiben, und so lange also dieser Eintrag besteht, kann auch stets von dem Ablösungsrechte Gebrauch gemacht werden.

Zu Art. 107.

Es ist diß der schon obenbemerkte, in dem gemeinen Rechte enthaltene Fall des Eintrittes in die Stelle eines Pfandgläubigers (24). Die einzige Abweichung des neuen Gesetzes besteht darinne, daß auch hier der Grundsatz der Oeffentlichkeit einwirkt, und daher über den Eintritt des neuen Gläubigers ein Eintrag in das Unterpfandsbuch erfordert wird.

Wenn dieser Eintrag unterbleibt, so sind nicht nur gewisse Rechtsnachtheile für den neuen Gläubiger gegen-

---

(24) Vergl. Erläut. zu Art. 104—9. Im Anfange. 1. 2. a.

über von dritten Personen damit verbunden, sondern es entsteht gar kein Unterpfandsrecht für ihn.

Man kann fragen, ob für einen Darleiher ein Pfandrechtstitel begründet sey, wenn der Schuldner das Geld zu Befriedigung eines Pfandgläubigers bei ihm aufgenommen und dasselbe dazu verwendet, jedoch nicht gerade versprochen habe, ihm das Unterpfand des befriedigten Gläubigers einzuräumen. — Man wird die Frage verneinen müssen, da es nicht nur nach der Fassung des Gesetzes auf einen zwischen dem neuen Darleiher und Schuldner abgeschlossenen Vertrag ankömmt, sondern dieser Vertrag auch nach dem gemeinen Rechte, auf welches die gegenwärtige gesetzliche Bestimmung sich ganz bezieht, erforderlich ist.

Zu Art. 108.

Vergleiche hierüber Art. 120. und die Erläuterung hiezu unter I. B.

Zu Art. 109.

Wenn Jemand eine verpfändete Sache kauft, so kann diß entweder in einem zum Behufe der Hülfsvollstreckung oder im Konkurse stattfindenden Aufstreiche geschehen, oder der Kauf wird privatim abgeschlossen. Im ersten Falle erlöschen die auf der erkauften Sache ruhenden Pfandrechte (25), und der Käufer bedarf daher keines besonderen Schutzes für sein neues Eigenthum. In dem andern Falle aber bleiben die auf der Sache außer dem abgelösten noch ruhenden anderen Pfandrechte auf derselben haften und der Käufer kann gegen das Andringen der andern Pfandgläubiger nur dadurch nach Umständen geschüzt werden, daß er in die Stelle des von ihm

---

(25) Vergl. Art. 123. (5) 129.

befriedigten Pfandgläubigers wirklich eintritt (26). Man nehme den Fall, daß auf ein Gut X drei Gläubiger versichert seyen, A zuerst mit 10,000 fl., dann B und C mit 3000 fl. Wenn nun D das Gut um 10,000 fl. erkauft, und A mit dem Kaufschillinge befriedigt wird, so können B und C die Pfandklage gegen ihn erheben. Dieser kann er aber nun dadurch begegnen, daß er sich auf seinen Eintritt in die Stelle des A beruft, vermöge dessen er dem B und D nur so viel zu geben schuldig ist, als der Werth des Gutes die abgelöste Forderung des A von 10,000 fl. übersteigt.

Sind freilich die andern Gläubiger bevorzugter, als der abgefundene, so nüzt jener Eintritt gegenüber von ihnen nichts, und wenn der Zeitvorzug des abgefundenen und der anderen Gläubiger gleich ist, nüzt er bloß nach einem verhältnißmäßigen Antheile (27).

Auch bei diesem Eintritte ist ein Eintrag in das Unterpfandsbuch in mancher Hinsicht nothwendig, jedoch wohl nicht wesentliche Bedingung für den Eintritt selbst, wie sich aus der Erläuterung zu den folgenden Artikeln ergeben wird.

Art. 110.

„Wer in Beziehung auf eine Sache, hinsichtlich welcher er nicht bereits als Eigenthümer eingetragen ist, in die Stelle eines befriedigten Pfandgläubigers, selbst nach dem Gesetze (Art. 105. 108. 120.) eintritt, muß gleichwohl die nach Löschung dieses Unterpfands bestellten Un-

---

(26) Vergl. Erläut. zu Art. 104—9. II. 2. b.

(27) Vergl. die Erläut. zu Art. 120. 121. I. A., wo von demselben Verhältnisse ausführlich die Rede ist.

terpfänder gegen sich anerkennen, wenn er nicht seinen Eintritt in dem Unterpfandsbuche hat bemerken lassen.

Daher kann auch ein auslösender Pfandgläubiger, wenn er diese Bemerkung zu bewirken versäumt hat, gegenüber von dergleichen nachher entstehenden Unterpfandsrechten nur das ihm schon früher zugestandene Unterpfandsrecht geltend machen.

Art. III.

Auf gleiche Weise wird die Eintragung dieses Eintritts zur Sicherstellung des dazu Berechtigten gegen die Ansprüche künftiger Cessionarien oder Faustpfandgläubiger auch in Beziehung auf die zur Zeit der Begründung des Eintrittsrechts schon bestandenen Unterpfänder erfordert."

In diesen Artikeln ist zusammengestellt, inwieferne bei allen Arten von Eintritt in die Stelle eines Andern der Eintrag in das Unterpfandsbuch nöthig ist, und welche Wirkungen das Unterbleiben desselben hat. Das Ganze scheint sich in folgenden Sätzen zu erschöpfen.

1) Damit der Eintritt in die Stelle eines Pfandgläubigers überhaupt stattfinde, ist mit Ausnahme des in Art. 107. angegebenen Falles ein Eintrag nicht wesentlich nothwendig.

2) Wird dieser Eintrag indessen versäumt, so hat diese Versäumniß für den Eintretenden die Folge, daß er

a) in den in Art. 108. 109. angegebenen Fällen die nach seinem Eintritte auf dieselbe Sache bestellten Unterpfänder anerkennen und mit seinem Anspruche denselben so weichen muß, als ob nie ein Eintritt für ihn stattgefunden hätte. Gerade hieraus erhellt aber, daß, wie zu Art. 109. bemerkt wurde, der Eintritt in diesen beiden Fällen an sich auch ohne den Eintrag stattfinden kann, indem

sonst nicht bloß jener einzige Rechtsnachtheil als Folge der Versäumniß aufgeführt wäre.

b) Bei Ablösungen eines früheren Pfandgläubigers ist der Eintrag in anderer Hinsicht nothwendig. Wenn nämlich nach geschehener Ablösung, welche nicht eingetragen wird, andere Pfandrechte auf dieselbe Sache bestellt werden, so kann der Ablösende sich gegen die damit versicherten Pfandgläubiger nur auf sein eigenes, ursprüngliches und nicht auf das Pfandrecht des von ihm abgelösten Gläubigers berufen, und wenn daher sein eigenes Pfandrecht an irgend einem wesentlichen Mangel leidet, so hört er gegenüber von jenen Gläubigern auf, Pfandgläubiger zu seyn.

c) Tritt endlich ein früherer Pfandgläubiger nach Art. 104. seinen besseren Platz ab, so hat der Mangel eines Eintrages darüber die Wirkung, daß wenn der Abtretende seine Forderung mit dem ursprünglichen Pfandrechte verpfändet oder cedirt, jene Abtretung von dem Gläubiger, an welchen sie geschah, gegen den Faustpfandgläubiger oder Cessionar nicht geltend gemacht werden kann. Nur dann, wenn der abtretende Gläubiger seine Forderung ausdrücklich bloß mit dem vermöge der erfolgten Abtretung ihm noch zustehenden spätern Unterpfandsrechte cedirte oder verpfändete, dürfte aus dem Mangel eines Eintrages über jene Abtretung jener Rechtsnachtheil nicht erwachsen (1).

Art. 112.

„Des Vorranges eines andern Gläubigers ungeachtet, kann der spätere Gläubiger die Veräußerung des Unterpfands verlangen.

---

(1) Vergl. indeß d. Erläut. zu Art. 72. a. E.

Jedoch müssen, wenn in Folge dieses Gesuchs das Unterpfand angegriffen wird, von dem Erlöse vor allen Dingen die vorgehenden Pfandgläubiger befriedigt werden.

Art. 113.

Der Pfandgläubiger ist im Falle des Konkurses berechtiget, zu verlangen, daß ihm während desselben an einer liquiden Forderung so viel bezahlt werde, als von dem Erlöse aus der dafür verpfändeten Sache ihm nach dem Stande der Masse unzweifelhaft zukommt.

Unter gleicher Voraussetzung kann er die Bezahlung der während des Konkurses auflaufenden Zinnsen aus dem reinen Betrage der Früchte verlangen, welche die Konkursmasse, nach Abzug der Kosten, aus den ihm verpfändeten Gegenständen bezieht."

Diese Bestimmungen scheinen keiner weiteren Erläuterung zu bedürfen.

Sechstes Kapitel.

„Von den Rechtsverhältnissen des Pfandgläubigers und des dritten Besitzers des Unterpfands.

Art. 114.

Das Unterpfand kann gegen dritte Besitzer verfolgt werden."

Die durch Unterpfandsbestellung bezweckte Sicherheit des Gläubigers würde vereitelt werden, wenn das Pfandrecht durch Veräußerungen des verpfändeten Gutes an Dritte verloren gienge. Es wird daher dem Gläubiger,

wie nach dem gemeinen Rechte, eine Pfandklage eingeräumt, um seine Ansprüche auf den verpfändeten Gegenstand auch gegen den dritten Erwerber geltend zu machen.

In Art. 115—19. nun ist von dem dadurch entstehenden Verhältnisse zwischen dem Gläubiger und dritten Besitzer, in Art. 120—122. aber von den weiteren Ansprüchen, welche durch die Erledigung der Pfandklage für den lezteren begründet werden, die Rede.

Art. 115.

„Diese Befugniß des Pfandgläubigers findet Statt, es mag das auf der Sache haftende Unterpfand zur Kenntniß des dritten Besitzers gekommen seyn oder nicht. Dem Besitzer steht jedoch unter den allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen eine Entschädigungsklage gegen seinen Vorgänger zu; auch bleibt ihm der Rückanspruch gegen die Obrigkeit alsdann offen, wenn diese sich hierbei einer Pflichtverletzung schuldig gemacht hat. (Vergl. Art. 203. ff.)

Art. 116.

Der Gläubiger hat die Wahl, ob er sich sogleich an sein, in den Händen eines Dritten befindliches Unterpfand, oder vorerst an den Schuldner halten will. Wählt er das Erstere, so kann ihm der Besitzer die Einrede nicht entgegen setzen, daß der Schuldner zuvor auszuklagen sey: es wäre denn, daß das Unterpfand wegen einer für einen anderen geleisteten einfachen Bürgschaft bestellt worden. Belangt hingegen der Gläubiger den Schuldner zuerst, so bleibt ihm sein Recht auf das Unterpfand so lange und so weit vorbehalten, als er von dem Schuldner nicht befriedigt ist.

Art. 117.

Der dritte Besitzer eines verpfändeten Grundstücks,

als solcher, haftet dem Gläubiger nur rücksichtlich des in seinem Besitze befindlichen Unterpfands, und nur so weit, als die Forderung des Gläubigers hierdurch versichert wurde. (Art. 53. ff.)

Er kann daher durch Bezahlung der versicherten Forderung sich von dem Anspruche des Gläubigers auf Herausgabe des Unterpfands befreien.

Art. 118.

Wird gegen den dritten Besitzer die Abtretung der verpfändeten Sache an einen Gläubiger erkannt, welcher aus dem Erlöse derselben bereits theilweise befriedigt worden, so ist der Gläubiger verbunden, jenem den Betrag dieser theilweisen Bezahlung zu erstatten: es wäre denn, daß dem Besitzer, sey es nach dem Gesetze (Artikel 131.) oder nach dem Antrag des Gläubigers, überlassen würde, durch Bezahlung des Restes vom Kaufpreise sich von der Pfandklage zu befreien.

Art. 119.

Inwieferne der dritte Besitzer der verpfändeten Sache, so wie der Gläubiger, wegen Verbesserung oder Verschlechterung derselben, zu gegenseitigen Entschädigungsansprüchen berechtigt seyen, ist nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts zu ermessen."

---

1) Kläger und Beklagter.

Kläger ist der ursprüngliche Gläubiger sowohl, als seine Nachfolger in der mit Unterpfand versicherten Forderung (1) der Beklagte derjenige, welcher das verpfändete Grundstück besizt, ohne zugleich in dem Rechtsver-

---

(1) Vergl. Erläut. zu Art. 90. 3.

hältnisse der persönlichen Verbindlichkeit gegen den Gläubiger und dessen Nachfolger zu stehen, welches zu der Unterpfandsbestellung Veranlassung gegeben hat, also ohne der Schuldner selbst zu seyn (2). Mag ihm immerhin aus einem andern Grunde eine persönliche Verbindlichkeit gegen den Gläubiger obliegen, diß hat auf die Pfandklage keinen Einfluß, indem die verschiedenen Verbindlichkeiten nicht verwechselt werden dürfen.

Hienach kann die Klage gegen Jeden angestellt werden, welcher durch Kauf, Tausch, Vermächtniß, oder auf irgend eine andere Weise das Gut an sich gebracht hat, ohne in die Stelle des Schuldners einzutreten.

Der Beklagte muß zur Zeit der Klaganbringung noch Besitzer des verpfändeten Gutes seyn, wobei es jedoch nichts ausmacht, ob er anfangs die auf demselben haftende Pfandlast kannte, oder nicht. (Art. 115.)

Nach dem römischen Rechte ist indessen auch gegen den Nichtbesitzer die Pfandklage alsdann begründet, wenn der Beklagte Besitzer war und die Sache auf betrügliche Weise, um dem Gläubiger zu schaden, veräußert hat (3). Diese Regel wird bei uns keine Anwendung mehr finden. Sie beruht nämlich darauf, daß der veräußernde Besitzer dem Gläubiger wegen seines Betruges zur Entschädigung verbunden ist, wenn die veräußerte Sache nicht mehr beigebracht werden kann, daher das Gesetz auch nur von dem Faustpfande spricht (4). Ein mit Unterpfand haf-

---

(2) Vergl. ebendas. 4.

(3) l. 16. §. 3. D. de pign. (20. 1.) Donellus Comm. ad l. 18. C. de pign. (8. 14.)

(4) „In vindicatione pignoris quaeritur, an rem de qua actum est, possideat is, cum quo actum est. — — Sin vero dolo quidem desiit possidere, summa autem ope nisus

tendes unbewegliches Gut kann aber den Ansprüchen des Gläubigers durch eine solche Veräußerung nicht entzogen werden und er bedarf daher zu Verwirklichung seines Anspruches keiner der Pfandklage zu vergleichenden Entschädigungsklage gegen den veräußernden Dritten.

Endlich kann nach gemeinem Rechte die Pfandklage auch gegen einen das verpfändete Gut besitzenden andern Pfandgläubiger, welcher ein der Zeit nach geringeres Recht hat, gerichtet werden (5). Diß kann bei uns noch seine Anwendung finden, wenn ein späterer Unterpfandsgläubiger das verpfändete Gut um einen gewissen Preis übernommen hat (6).

2) Bedingungen für die Anstellung der Klage und Beweislast.

a) Eintrag des Unterpfandes. Damit die Unterpfandsklage überhaupt begründet sey, muß ein Eintrag der Unterpfandsbestellung vorhanden seyn (7). Derselbe ist selbst dann wesentliches Erforderniß, wenn der dritte Besitzer die pfandrechtlich angesprochene Sache gewinnmäßig erworben hat. Ja man wird auch behaupten müssen, daß wenn der Gläubiger und Schuldner in der irrigen Voraussetzung, eine Unterpfandsbestellung könne privatim geschehen, einen Vertrag darüber mit einander abgeschlossen haben, daß jenem ein Gut des lezteren verpfändet seyn solle, der Eintrag in das Unterpfandsbuch aber unterblieben ist, — der dritte Erwerber des Gutes, wenn er auch

---

non possit rem ipsam restituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem juraverit."

(5) l. un. C. si antiq. cred. (8. 20.) l. 12. pr. D. qui pot. in pign. (20. 4.) Westphal §. 265.

(6) Vergl. Exek. Ges. Art. 71. Ueber einen andern Fall s. Erläut. zu Art. 120. 121. I. A. 1.

(7) Vergl. Erläut. zu Art. 90. 5. a.)

von jenem Vertrage wußte, nicht wegen Betrugs belangt werden könne, weil ohne jenen Eintrag kein Recht entsteht, die Verletzung eines Rechtes sich also auch nicht denken läßt und es ohne Rechtsverletzung keinen Betrug giebt (8).

Eine andere Frage ist, ob nicht nur durch die wirkliche Pfandbestellung, sondern auch durch den Eintrag einer Vormerkung in das Unterpfandsbuch eine Klage begründet werde? Gönner schreibt diesem lezteren Eintrage die nämlichen Wirkungen, wie der wirklichen Unterpfandsbestellung zu, sobald nur das Recht des Gläubigers, die Hypothek zu erlangen, außer Zweifel gesezt und die Forderung selbst fällig sey.

Zu Beantwortung der aufgeworfenen Frage ist zwischen Vormerkungen auf einen bestimmten Gegenstand (Art. 79 — 81.) und denjenigen zu unterscheiden, welche im Allgemeinen auf die von dem Schuldner erst zu erwerbenden Güter provisorisch eingetragen werden. (Art. 32. 35.)

aa) Auf eine bestimmte, schon vorhandene Sache wird eine Vormerkung eingetragen, weil entweder in Ansehung der Forderung, oder des Pfandrechtstitels, oder aus irgend einem andern Grunde ein Anstand obwaltet (9). — Jedenfalls muß entweder durch die Uebereinkunft der Partheien, oder durch gerichtliche oder außergerichtliche Entscheidung ein gewisser Zustand herbeigeführt, und bestimmt werden, ob der Unterpfandseintrag wirklich begründet sey, oder nicht. Fällt die Entscheidung bejahend aus, so wird der Eintrag auf die Zeit zurück bezogen, da die Vormerkung eingetragen wurde und als damals geschehen betrachtet. Wenn daher auch der Gegenstand des pfandrechtlichen

---

(8) Vergl. auch Art. 89.
(9) Erläut. zu Art. 79 — 81.

Anspruches in der Zwischenzeit veräußert worden ist, so konnte doch der Uebergang an den neuen Erwerber nicht ohne die Pfandlast, welche nun als schon früher vorhanden angesehen wird, stattfinden, und die Pfandklage gegen den neuen Erwerber ist begründet.

bb) Ganz anders ist es bei allgemeinen Vormerkungen auf die von dem Schuldner noch zu erwerbenden Güter. Diese haben nicht die Wirkung, daß die später erfolgende Pfandbestellung auf die Zeit ihres Eintrags zurückbezogen würde. Es kann also, wenn der Schuldner Güter erwirbt, und sie vor geschehener wirklicher Pfandbestellung veräußert, nicht angesehen werden, als ob zur Zeit der Veräußerung die Pfandlast auf denselben geruht habe. Es ist vielmehr nach geschehener Veräußerung nicht einmal mehr möglich, ein Pfandrecht darauf zu bestellen und kann also auch von einer Pfandklage die Rede nicht seyn.

Man könnte fragen, welchen Nutzen denn solche allgemeine Vormerkungen haben? Immer noch den Nutzen, daß die Behörde dafür haften muß, wenn sie eine Veräußerung oder Verpfändung der von dem Schuldner nachher erworbenen Güter zugibt (10). Allein weiter geht die Wohlthat des Gesetzes nicht, und eine Entkräftung oder Auflösung der demungeachtet vorgegangenen Rechtsgeschäfte findet nicht Statt.

b) Der Verpfänder muß zur Zeit der Pfandbestellung Eigenthümer der Sache gewesen seyn.

Diese Regel ist schon gemeinrechtlich, denn eine von dem Nichteigenthümer vorgenommene Verpfändung ist ja

---

(10) Vergl. Art. 32.

ungültig, kann also keine Klage gegen Dritte begründen (11.)

Nach unserem Gesetze stellt sich dieser Satz dahin, daß der Verpfänder zur Zeit der Pfandbestellung als Eigenthümer in den öffentlichen Büchern oder Urkunden gelaufen seyn muß (12).

Es käme daher darauf an, wenn das Eigenthumsrecht des Pfandbestellers zweifelhaft wäre, die öffentlichen Bücher von der Zeit der Pfandbestellung darüber nachzuschlagen. Indessen wird im Zweifel anzunehmen seyn, daß wenn die Unterpfandsbestellung im Unterpfandsbuche eingetragen ist, dieselbe von dem Pfandbesteller als wirklichen Eigenthümer vorgenommen worden sey. Denn dem Unterpfandsbuche selbst kömmt der ausgedehnteste öffentliche Glaube zu und es ist nicht zu vermuthen, daß die Behörde bei der Pfandbestellung einen Fehler begangen habe (13).

Wenn ein Pfandgläubiger gegen den andern mit der Pfandklage auftritt, so ist es nach gemeinem Rechte bestritten, ob der Kläger oder Beklagte sein Vorzugsrecht erweisen müsse (14.) Jezt aber entscheidet sich diese Frage von selbst. Sind nämlich keine Einträge vorhanden, so

---

(11) l. 23. D. de prob. (22. 3.) l. 18. D. de pign. (20. 1.) l. fin. C. si aliena res pign. (8. 16.)

(12) Vergl. Art. 56 — 60. 65 — 69. 71. 89

(13) Eine unwiderlegliche Rechtsvermuthung für das Eigenthum des Pfandbestellers wird aber der Eintrag in das Unterpfandsbuch schwerlich begründen.

(14) Dem Kläger legen den Beweis auf Gesterding S. 336. folg. Thibaut §. 664. Wehning B. II. §. 164. Dagegen, wie es scheint, mit Recht Westphal §. 271. Denn die von Gesterding angeführte l. 12. pr. D qui pot. (20. 4.) scheint eher gegen, als für jene Ansicht zu sprechen, und der von dem beklagten Mitgläubiger behauptete Vorzug enthält doch wohl nur eine Einrede.

giebt es auch kein Unterpfandsrecht, sind sie aber vorhanden, so geben sie auch zugleich den Beweis über die Zeit der Pfandbestellung und den daraus hervorgehenden Vorzug des einen vor dem andern. Beruft sich aber einer der Pfandgläubiger auf eine zu seinem Besten getroffene besondere Uebereinkunft, so muß er diese erweisen.

c) Die Forderung muß fällig seyn. So wenig nämlich gegen den ursprünglichen Schuldner geklagt werden kann, ehe die Forderung fällig ist, eben so wenig gegen den dritten Besitzer der verpfändeten Sache (15). Indessen begründen auch hier die Bestimmungen des Art. 52. eine Ausnahme im vorkommenden Falle.

3) Einreden des Beklagten.

a) Die Einrede der Vorausklage ist nur noch in einem einzigen Falle gültig.

Bisher stand dem beklagten dritten Besitzer die Einrede der Vorausklage zu. Nur dann, wenn der Gläubiger seine Befriedigung weder von dem Schuldner selbst, noch von den Bürgen erhielt, konnte er den dritten Besitzer der ihm verpfändeten Sache mit Wirkung belangen.

In dem Entwurfe sowohl, als in den Ausschußsätzen wurde die Einrede der Vorausklage im Allgemeinen ausgeschlossen (16). Die Kommission schlug dagegen vor, zu bestimmen, daß der Gläubiger in jedem Falle den Hauptschuldner zuvor ausklagen müsse, wenn mit Einwilligung des Eigenthümers von dem Schuldner fremde Güter nur für den Fall verpfändet worden seyen, daß der Gläubiger von dem leztern selbst nicht befriedigt werden sollte; — und daß ferner die noch in den Händen des Schuldners befindlichen Güter immer zuerst angegriffen werden müs-

---

(15) Vergl. die Erläut. zu Art. 90. 5. b.
(16) Entwurf §. 90. Ausschußsätze II. 52.

sen, wenn nur ein Theil der mehreren verpfändeten Güter an einen Dritten übergegangen seye (17). Diese Anträge wurden aber, hauptsächlich vermöge des von dem Präsidenten und dem Abg. Gmelin d. Aelt. dagegen erhobenen Widerspruches umgangen (18), so daß es bei dem Ausschlusse der Vorausklage sein Verbleiben behielt. Diese Bestimmung findet sich auch mit einigen Beschränkungen in dem französischen, und unbedingt in dem preußischen Gesetze (19) und gründet sich auf das Bestreben, durch Erleichterung des Gläubigers in den Mitteln, welche ihm zu Verfolgung seines Rechtes dienen sollen, den Kredit zu heben.

Nur in einem einzigen Falle ist auch jezt noch dem dritten Besitzer die Einrede der Vorausklage zugestanden.

Jeder Bürge nämlich, welcher sich nicht als Selbstschuldner und Selbstzähler verbindlich gemacht hat, kann verlangen, daß der Hauptschuldner wo möglich vor ihm ausgeklagt werde (20). Wenn er auch für diese Bürgschaft ein Gut verpfändet hat, so ändert diß hieran nichts und auch die dingliche Klage kann gegen ihn nur alsdann gerichtet werden, wenn der Hauptschuldner zuvor ausgeklagt worden ist. — Ueberträgt er nun das Eigenthum der von ihm verpfändeten Sache auf einen Dritten, so muß sich dieser jener Einrede der Vorausklage ebenfalls bedienen können, denn durch seinen Erwerb kann die auf dem Gute ruhende Pfandlast nicht erweitert worden seyn (Art. 116).

---

(17) Kommiss. Antr. XXII. 1. a. b.

(18) Verhandl. Heft X. S. 773. folg.

(19) Code civil. Art. 2170. 2171. Zachariä §. 223. Preuß. Landr. a. a. Tit. §. 494.

(20) Landr. Thl. III. Tit. 5. §. „weil die Bürgschaften" und §. „es hätten sich dann" S. 249. 250.

b) Von andern Einreden.

Ob und inwieferne der dritte Besitzer sich gegen den klagenden Pfandgläubiger anderer Einreden bedienen könne, ist nach allgemeinen Grundsätzen und nach der Analogie anderweitiger Bestimmungen unseres Gesetzes zu entscheiden. Hienach können ihm die Einreden, welche sich auf eine Ungültigkeit der vorgenommenen Unterpfandsbestellung beziehen, nicht abgesprochen werden (21). Bei Einreden gegen die Forderung selbst wird zu unterscheiden seyn:

aa) Der ursprüngliche Pfandgläubiger tritt gegen den dritten Besitzer klagend auf. Alsdann können ihm von diesem alle diejenigen Einreden entgegengesezt werden, welche aus dem die Entstehung der Forderung veranlassenden Geschäfte entspringen und von dem Schuldner selbst geltend gemacht werden können, ohne rein an dessen Person geknüpft zu seyn. — Diß folgt aus der Natur der Sache, denn wenn die Forderung selbst unbegründet ist, so ist es auch die Pfandklage darauf. Indessen fehlt es auch in dem Gesetze selbst nicht an Belegen hiefür. — Der einfache Bürge, der ein Unterpfand bestellt hat, kann sich der Einrede der Vorausklage bedienen, und dieselbe Einrede geht auf den über, welcher das verpfändete Gut von ihm erworben hat, dem dritten Besitzer muß also eine dem Verpfänder zustehende Einrede ebenfalls gegeben seyn.

Hievon muß aber eine Ausnahme stattfinden, wenn in dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Pfandbesteller und Gläubiger ein Mangel liegt, der nur durch eine an die Person des lezteren geknüpfte Einrede geltend gemacht werden kann. Diese wird dem dritten Erwerber nicht zustehen (22).

Man

(21) Vergl. Erläut. zu Art. 88. 2. b. bb.

(22) Vergl. Erläut. zu Art. 88. 1) wo von dem umgekehrten Falle die Rede ist.

Man nehme an, daß der Pfandbesteller die zu Grunde liegende Schuld als Haussohn eingegangen hätte. Er könnte dem Gläubiger die Einrede des macedonischen Rathschlusses entgegensetzen, der dritte Besitzer der verpfändeten Sache wird aber keinen Gebrauch davon machen können (23).

bb) Ein Anderer, welcher die versicherte Forderung von dem ersten Gläubiger erworben hat, klagt gegen den dritten Besitzer der verpfändeten Sache. Hat er nun in gutem Glauben und auf lästige Weise erworben, so kann ihm der dritte Besitzer Einreden gegen die Forderungen nur dann entgegensetzen, wenn dieselben im Unterpfandsbuche eingetragen sind, geschah aber der Erwerb nicht in gutem Glauben oder gewinnmäßig, so hat es bei den unter aa. vorgetragenen Regeln sein Bewenden (Art. 88.)

4) Zweck der Klage.

a) In der Hauptsache.

Der Zweck der Klage geht in der Hauptsache auf Herausgabe des verpfändeten Gutes, welcher jedoch der

---

(23) A. M ist Weber von der natürlichen Verbindl. S. 505.t weil nach l. 19. D. qui pot. (20. 4.) der dritte Besitzer von dem Gläubiger Cession seiner Rechte an den Schuldner verlangen könne. Allein es heißt in diesem Gesetze ausdrücklich: „creditor, cum posset heredes convenire idoneos, ad fundum venit," und wird also ein Fall vorausgesezt, in welchem der Gläubiger mit einer persönlichen Klage gegen den Schuldner auftreten kann. Es folgt daher aus dem Gesetze nicht, daß er den dritten Besitzer nicht angreifen könne, wenn ihm keine Cession der Klagen gegen den Schuldner möglich sey.

Nach Landr. Thl. II. Tit. 28. §. „Wir wollen auch" Seite 314. kann man auch die von einem Hausſohne vorgenommene Verpfändung als ganz ungültig ansehen, so daß es sich nicht bloß von einer persönlichen Einrede dagegen handelt. Dagegen paß, der aufgestellte Satz gewiß auf die ganz persönliche Einrede der Kompetenz.

Beklagte entgehen kann, wenn er dem Gläubiger die auf dem Gute haftende Schuldsumme bezahlt. (Art. 117.) Hat der Gläubiger schon früher einen Theil derselben erhalten, so ist der dritte Besitzer nur verbunden, den Rest vollends zu tilgen. Indeß bleibt es ihm auch in diesem Falle unbenommen, das Gut abzutreten, und von dem Gläubiger dagegen die Zurückerstattung des gehabten theilweisen Empfanges zu fordern. Man nehme, daß A sein dem B für 3000 fl. verpfändetes Haus an C verkauft, und das Angeld von 1000 fl. sogleich an B bezahlt. Später tritt B wegen der übrigen 2000 fl. gegen C mit der Pfandklage auf. Dieser zieht es vor, das Haus an B abzutrnten und ist dagegen befugt, die Erstattung der von A entrichteten 1000 fl. zu erlangen (24).

Bei Beurtheilung sämmtlicher Ansprüche des Pfandgläubigers an den dritten Besitzer gilt die Regel, daß der lezte nicht persönlich, sondern nur in Beziehung auf die verpfändete Sache und bloß so weit verbunden ist, als das auf derselben haftende Unterpfand sich erstreckt. (Art. 117.)

Gönner hat die Frage aufgeworfen (25), ob der dritte Besitzer berechtigt sey, dem Kläger das verpfändete Gut nur unter der Bedingung zu überlassen, daß er dasselbe in Aufstreich bringe? und hat sie verneint, weil derselbe nur die Wahl zwischen Zahlung und Abtretung habe, ohne daß es ein Drittes für ihn gebe. Allein es ist auch kein Drittes, was der Beklagte hier ergreift. Wird nämlich in dem Aufstreiche so viel erlöst, als die Forderung des Gläubigers beträgt, so erhält dieser aus dem Erlöse seine Befriedigung,

---

(24) Wäre freilich das Haus nicht mehr 3000 fl. werth, so könnte der dritte Besitzer nur Rückzahlung desjenigen Betrages verlangen, um welchen der nunmehrige Werth des Hauses die eingeklagten 2000 fl. noch übersteigt.

(25) Komm Bd. I. S. 450.

zeigt es sich aber, daß nicht so viel erlöst werden kann, so bleibt immer noch übrig, ihm das Gut an Zahlungsstatt zu übergeben. Auf keinen Fall kann der Gläubiger durch ein solches Verfahren Schaden leiden und der Beklagte kann hier ganz mit Recht die Ergreifung solcher Maßregeln fordern, durch welche sein Schaden möglichst gering wird.

Wenn das verpfändete Grundstück gerichtlich zum Aufstreiche gebracht und daraus nicht die ganze darauf versicherte Schuldsumme erlöst wird, so ist der dritte Besitzer nicht verbunden, dem Gläubiger das Fehlende zu ersetzen, denn das ganze Recht des Gläubigers gegen ihn erstreckt sich lediglich auf die verpfändete Sache.

Wenn die Forderungen mehrerer Gläubiger auf das in die Hände eines Dritten gekommene Gut versichert sind, so ändert sich das Rechtsverhältniß im Ganzen nicht. Auch hier steht es dem dritten Besitzer frei, jene Forderungen zu bezahlen, oder das Gut abzutreten. Die Gläubiger unter sich ordnen sich dann nach dem Zeitvorzug ihrer Unterpfandsrechte, und wenn der Werth des abgetretenen Gutes nicht zu Befriedigung aller hinreicht, so muß es den Verlierenden freistehen, den Verkauf im öffentlichen Aufstreiche zu verlangen.

b) Zweck der Klage in Nebensachen.

Es handelt sich hier hauptsächlich von den Ansprüchen des Gläubigers auf Zinsen und den Ersatz für Verschlimmerungen.

aa) Von den Zinsen. Wenn eine Forderung in dem Unterpfandsbuche gar nicht als verzinslich eingetragen ist, so ist auch der dritte Besitzer nicht verbunden, irgend Zinsen zu entrichten (26), ist aber der Eintrag auch

---

(26) Vergl. über diesen Gegenstand Art. 53. 54.

auf Zinsen gerichtet, so begründet derselbe gegen den dritten Besitzer nur einen Anspruch auf Entrichtung der Zinsen des laufenden und der zwei leztverflossenen Jahre. Wenn freilich für bereits erwachsene Zinsrückstände ein besonderes Unterpfand bestellt worden ist, so haftet der dritte Besitzer der hiefür verpfändeten Sache für den ganzen angegebenen Betrag.

In Betreff der Rückstände an den (nicht besonders in bestimmter Summe versicherten) rückständigen Zinsen ist Gönner anderer Meinung, indem er sagt, der dritte Besitzer habe aus dem Hypothekenbuch die Verzinsung erfahren, die während seines Besitzes verfallenen Zinsen seyen zur Verfallzeit seine Schuld geworden, er habe dafür die Früchte der Sache genossen und könne dadurch, daß er diese Früchte sich zueigne, die Zinsen anschwellen lasse, und alsdann den Gläubigern die zur Tilgung aller Kapitalien und rückständigen Zinsen unzureichende Sache abtrete, sich mit deren Schaden nicht bereichern (27).

Allein der dritte Besitzer ist, wie die ständische Kommission sehr triftig bemerkt hat (28), dem Gläubiger niemals persönlich verbindlich. Nicht der Erwerber einer verpfändeten Sache, sondern der ursprüngliche Gläubiger ist Zinsen zu entrichten schuldig. Jener kann nicht einmal wissen, und ist keineswegs gehalten, sich zu erkundigen, ob der Schuldner die Zinsen richtig bezahle und wenn er auf eine lästige Weise, wie meistens, erworben hat, so sind die Früchte für ihn nur das Interesse aus dem Erwerbskapitale. Er konnte aus dem Eintrage in das Unterpfandsbuch nur erfahren, daß die an ihn übergebene Sache für die zwei leztverfallenen und den laufenden Zins hafte,

---

(27) Komm. Bd. I. S. 448.
(28) Komm. Ber. §. 22.

eben diß konnte auch der Gläubiger schon zur Zeit der Pfandbestellung wissen und sich also hüten, weitere Zinsrückstände aufwachsen zu lassen.

Ist einmal zwischen dem Gläubiger und dritten Besitzer wegen Herausgabe der verpfändeten Sache ein Rechtsstreit entstanden, so richtet sich die Verbindlichkeit des lezteren zu Bezahlung der während dessen Dauer auflaufenden Zinsen nach den bestehenden Gesetzen und dem Gerichtsgebrauche.

bb) Von dem Ersatze für Verschlimmerungen der verpfändeten Sache.

Der Entwurf (§. 91.) und die Ausschußsätze (II. 55.) enthielten die Bestimmung, daß der dritte Besitzer (29) den Gläubiger zu entschädigen verbunden seyn solle, wenn der Werth der Sache während seines Besitzes durch seine Schuld vermindert worden sey. Die Kommission glaubte dagegen, daß es hiezu keinen genügenden Grund gebe, indem der dritte Besitzer mit dem Pfandgläubiger in gar keinem Vertragsverhältnisse stehe, und trug darauf an, in dieser Beziehung auf die Grundsätze des gemeinen Rechtes zu verweisen, was von der Kammer (30) und der Regierung angenommen wurde (Art. 119.). Nun finden sich aber hierüber für die Pfandklage keine besondern gesetzlichen Bestimmungen und es sind daher die Regeln über die Eigenthums- und Erbschaftsklage zu Hülfe zu nehmen.

Nach diesen haftet der redliche Besitzer nicht für einen zufälligen, ja selbst nicht für einen durch seine

---

(29) Der Entwurf sprach diese Bestimmung selbst für den dritten redlichen Besitzer aus.

(30) Kommiss. Ber. §. 22. Antr. XXII. 2. Hauptantr. XX. 1.

Schuld enstandenen Schaden, weil er eine fremde Sache als die seinige verwaltet. Nach der Einlassung erst muß er den durch seine Schuld entstandenen Schaden ersetzen. Dagegen haftet der unredliche Besitzer auch für den zufälligen Schaden, wobei die Gesetze (31) nur darüber unter sich im Widerspruche zu stehen scheinen, ob er den zufälligen Schaden auch dann zu ersetzen habe, wenn derselbe sich auch bei dem rechtmäßigen Besitzer ereignet hätte.

Die Hauptstellen sind diese:

l. 16. D. de R. V. (6. 1.)

Utique autem, etiam mortuo homine, necessaria est sententia propter fructus et partus et stipulationem de evictione. Non enim post litem contestatam utique et fatum possessor praestare debet.

l. 45. eod.

Si homo sit, qui post conventionem restituitur, si quidem a bonae fidei possessore, puto cavendum esse de dolo solo debere, caeteros etiam de culpa sua, inter quos erit et bonae fidei possessor post litem contestatam.

l. 31. §. 3. l. 40. de hered. pot. (5. 3.)

„— — Sicut autem sumtum, quem fecit, deducit, ita si facere debuit, nec fecit, culpae hujus reddat rationem, nisi bonae fidei possessor est; tunc enim quia quasi rem suam neglexit, nulli querelae subjectus est ante petitam hereditatem postea vero et ipse praedo est (32).

---

(31) Vergl. l. 2. C. de condict. furt. (4. 8.) l. 7. 20. D. eod. (13. 1.) l. 1. §. 34. l. 19. D. de vi (43. 16.) l. 50. pr. D. de furt. (47. 2.) l. 9. C. eod. (6. 2.) l. 12. §. 4. D. ad exhib (10. 4.) l. 15. §. 3. D. de R. V. (6. 1.) mit l. 14. §. 11. D. quod motus causa (4. 2.)

(32) Vergl. auch l. 18. §. 1. D. solut. matrim. (24. 3.)

Diese Rechtssätze sind nun auf pfandrechtliche Verhältnisse in doppelter Beziehung anzuwenden, indem nicht nur derjenige, welcher eine verpfändete Sache auf unrechtliche Weise erworben hat, als unredlicher Besitzer anzusehen ist, sondern der Vorwurf der Unredlichkeit auch den an sich rechtmäßigen Besitzer trifft, welcher die auf seinem Besitzthume ruhenden Pfandrechte eines Andern kennt, und demselben demungeachtet, sey es nun absichtlich oder verschuldet, Schaden oder bringt widerfahren läßt. Die Anwendung jener Sätze wird also sowohl durch die Unbekanntschaft oder Bekanntschaft des dritten Besitzers mit dem Pfandrechte, als durch den redlichen oder unredlichen Erwerb einer Sache bedingt.

Sonach können drei verschiedene Hauptfälle eintreten.

α) Der dritte Besitzer eines verpfändeten Gutes hat dasselbe auf eine redliche Weise erworben und weiß nicht, daß eine Pfandlast auf demselben ruht. In diesem Falle haftet er weder für den zufälligen, noch für den durch seine Schuld entstandenen Schaden. Jedoch wird bei der Einrichtung der Unterpfandsbücher und da über jeden Kauf oder Tausch liegender Güter gerichtlich erkannt werden muß, die Unbekanntschaft des Erwerbers mit dem auf der erworbenen Sache ruhenden Unterpfande nicht leicht anzunehmen seyn.

β) Der Erwerb ist auf eine redliche Weise geschehen, der Erwerber kennt aber die auf der Sache ruhende Pfandlast, so haftet er nicht für einen zufälligen, wohl aber für den durch seine Schuld entstandenen Schaden, indem er denselben zu vermeiden dem Pfandgläubiger verpflichtet war.

γ) Hat aber der dritte Besitzer auf eine unredliche Weise erworben, so wird er, mag er nun die Pfandlast kennen oder nicht, auch für den zufälligen Schaden zu

haften haben, wobei es freilich bei dem Widerspruch der Gesetze (Note 31.) schwer zu entscheiden ist, ob ihm diese Verbindlichkeit auch alsdann obliege, wenn der entstandene zufällige Schaden die Sache auch in den Händen des rechtmäßigen Besitzers getroffen hätte.

5) Gegenforderungen des dritten Besitzers.

Der dritte Besitzer kann Gegenforderungen an den klagenden Gläubiger haben, insoferne er Ersatz für Verwendungen auf das verpfändete und nun herauszugebende Gut anzusprechen berechtigt ist.

Daß er nämlich auch alsdann, wenn er dasselbe auf lästige Weise erworben hat, von dem Gläubiger nicht die Erstattung des Kaufpreises oder Tauschwerthes fordern könne, versteht sich von selbst. Jedoch kann nach gemeinem Rechte dem Gläubiger die Einrede des Betrugs entgegengesezt werden, wenn der erlegte Kaufpreis zu seinem Besten angewendet, wenn auch nicht unmittelbar an ihn bezahlt, worden ist (33), eine Bestimmung, welche auch jezt noch ohne Zweifel in Anwendung kommen kann.

Was den von dem dritten Besitzer auf das verpfändete Gut gemachten Aufwand betrifft, so hat der Gesetzgeber, dem Antrage der Kommission gemäß, ebenfalls auf die Regeln des gemeinen Rechtes verwiesen. (Art. 119.) Dieses hat nun aber außer l. 29. §. 2. D. de pign. (20. 1.), wonach der dritte Besitzer ein verbranntes und wieder errichtetes Haus nur gegen Ersatz der Wiederherstellungskosten an den Pfandgläubiger herauszugeben verbunden ist (34), für die Pfandklage keine besonderen Bestim-

---

(33) l. 16. C. de praed. et aliis reb. minor (5. 71.) Thibaut §. 269.

(34) Hievon noch mehr zu Art. 125.

mungen und es sind wohl eher die in derselben Beziehung aufgestellten Regeln der Eigenthumsklage, als die der actio pignoratitia (35) auf dieses Verhältniß anzuwenden.

Nach jenen Regeln können die nothwendigen Auslagen auf die herauszugebende Sache von dem redlichen und unredlichen Besitzer zurückerfordert werden (36), ebenso von dem redlichen Besitzer die mäßigen nützlichen, soferne ihr Produkt noch vorhanden ist, während der unredliche Besitzer dasselbe, wenn es möglich ist, nur hinwegnehmen darf, was dann auch für beide in Hinsicht der bloß zierenden Auslagen gilt (37).

Nach dem römischen Rechte hat der dritte Besitzer wegen dieser Ansprüche ein Retentionsrecht (38). Gönner dagegen glaubt, daß die Anwendung dieses gemeinrechtlichen Satzes dem Geiste des Unterpfandsgesetzes nicht angemessen sey, indem dadurch dem Gläubiger die Verfolgung seines Unterpfandes erschwert werden würde (39). Allein diese Rücksicht hätte für den Gesetzgeber einen Grund abgeben können, hierüber eine besondere Bestimmung zu treffen, den Richter wird sie schwerlich berechtigen, die Anwendung eines gemeinrechtlichen Satzes, welcher weder beschränkt, noch aufgehoben worden ist, zu unterdrücken.

Eine andere Frage ist es, ob der dritte Besitzer auch dann berechtigt sey, den Ersatz seiner, wenigstens noth-

---

(35) l. 8. pr. l. 25. D. de pign. act. (13. 7.) l. 8. pr. de pign. et hypoth. (8. 14.) Vergl. Erläut. zu Art. 90. 1. b.

(36) l. 5. C. de R. V. (3. 32.)

(37) l. 38. D. de R. V. (6. 1.) l. 5. C. eod. (3. 52.) l. 7. §. 12. D. de acquir. rer. dom. (41. 1.) Voet Comm. VI. 1. 36. Thibaut a. a. O.

(38) l. 6. C. de pign. (8. 14.) Donellus Comm. ad h. leg. Lauterbach Coll. XX. 1. §. 86. Gesterding S. 357.

(39) Komm. Bd. I. S. 449.

wendigen, Auslagen zu fordern, wenn er es vorzieht, statt der Herausgabe der Sache den Pfandgläubiger durch Zahlung zu befriedigen? — Man wird diese Frage wohl bejahen müssen, gerade weil von nothwendigen Auslagen die Rede ist, welche zu Erhaltung der Sache gemacht werden mußten; denn wären sie nicht gemacht worden, so würde vielleicht das Unterpfandrecht des Gläubigers dem größten Theile nach vereitelt seyn (40). Man nehme, daß der neue Erwerber einen von dem Schuldner erkauften, verwüsteten Weinberg völlig neu bauen, Mauern ziehen ꝛc., oder daß er ein dem Einfalle nahes Haus beinahe ganz neu wiederherstellen mußte. — Zudem ist die Fassung des Art. 119. ganz allgemein.

Schließlich ist zu bemerken, daß unter den zu ersetzenden Auslagen nur diejenigen verstanden sind, welche nicht im Verhältnisse zu dem Genusse und der Benützung des verpfändeten Gegenstandes stehen. Wenn z. B. der dritte Besitzer einen Theil des verpfändeten Weinberges mit neuen Reisen angepflanzt und davon mehrere Jahre lang den Ertrag gehabt hat, so kann er keinen Ersatz mehr für jenen Aufwand fordern. Dagegen ist er zu dieser Forderung allerdings berechtigt, wenn er den verpfändeten Acker angeblümt hat und den auftretenden Gläubiger vor der Erndte durch Herausgabe der Zahlung befriedigen muß.

6) Von dem Falle, wenn dem Gläubiger mehrere Güterstücke verpfändet worden und in verschiedene Hände gekommen sind.

Wenn einem Gläubiger für eine und dieselbe Forderung mehrere einzelne Güter zugleich verpfändet worden

---

(40) Vergl. l. 5. 6. D. qui pot. (20. 4.), wo von einem gleichartigen Verhältnisse die Rede ist.

sind, von denen der Schuldner einen Theil veräußert, oder alle, aber an verschiedene Personen veräußert hat, so kann die Frage entstehen:

a) ob der Pfandgläubiger gegen den Besitzer jedes einzelnen dieser Güter eine Klage wegen seiner ganzen Forderung anstellen könne,

b) ob der beklagte Besitzer in dem Falle, daß der Schuldner selbst noch eines, oder mehrere der mitverpfändeten Güter besizt, die Einrede der Vorausklage entgegensetzen könne, und ob er

c) die Einrede der Theilung habe, so daß sich der Gläubiger wenigstens auch an die andern Güter halten müsse (41)?

Die Bejahung der ersten Frage kann nach dem Grundsatze: „pignoris causa est individua“ keinem Anstande unterworfen seyn (42), und gerade hieraus ergiebt sich die Verneinung der zweiten Frage. Denn der Innhaber eines der verpfändeten Grundstücke wird wie jeder andere dritte Besitzer belangt, daher auch die Bestimmung auf ihn anzuwenden ist, daß dritte Besitzer die Einrede der Vorausklage nicht haben sollen.

Ebenso wird auch die dritte Frage verneint werden müssen, wiewohl nicht aus dem von Gönner angeführten Grunde, daß auch bei der persönlichen Korrealität die Einrede der Theilung nicht stattfinde. Denn wenn auch nicht gerade dieser Satz, vielleicht mit Unrecht (43) sehr bestrit-

---

(41) Gönner hat diese und noch einige, besonders zu erörternde Fragen aufgestellt. Komm. Bd. I. S. 464. folg.

(42) Voet Comm. XX. 4. §. 4. Vergl. Erläut. zu Art. 1. unter 5.

(43) Vergl. l. 1. §. 43. depositi (16. 3.) l. 3. §. 1. l. 11. pr. D. de duob. reis (45. 2) l. 2. C. eod. (8. 40.) mit N. 99. C. 1. und §. 4. J. de fidej. (3. 20.) l. 26. 51. pr. de fidej. (46. 1.)

ten wäre, so könnte doch von dem Verhältnisse der persönlichen Korrealität aus auf das vorliegende schwerlich geschlossen werden. Sondern weil das Pfandrecht seiner Natur nach untheilbar ist, so muß jedes demselben unterworfene Stück immer für die ganze Forderung ohne Rücksicht auf die andern haften (44).

7) Weitere Ansprüche des Gläubigers an den ersten Schuldner.

Da der Gläubiger von dem dritten Besitzer des verpfändeten Gutes, wenn dieser die Bezahlung der Abtretung vorzieht, nur diejenige Summe der Forderung verlangen kann, welche auf dem Gute pfandrechtlich ruht, so kann er sich wegen des weiteren Betrags, namentlich wenn die Zinsen von mehr als zwei Jahren rückständig sind, immer noch an den ursprünglichen Schuldner halten (45).

Wird ihm von dem dritten Besitzer für die Summe der versicherten Forderung das Gut schlechthin abgetreten, und er beruhigt sich dabei, so wird er in Betreff eben dieser versicherten Forderung später an den Schuldner keine weitereren Ansprüche machen können.

Wenn dagegen die Abtretung stattfindet und der Gläubiger erklärt, daß er sich durch dieselbe für seine pfandrechtlich versicherte Forderung für noch nicht befriedigt ansehe, so muß es ihm frei stehen, sich auch deßhalb noch an den ursprünglichen Schuldner zu halten, wogegen diesem das Recht nicht entzogen werden kann, zu verlangen, daß

---

(44) Diese Sätze werden auch mittelbar durch den zweiten und lezten Satz des Art. 120. und den zweiten Theil des ersten Satzes in Art. 121. bestätigt.

(45) l. 3. C. de distrah. pign. (8. 28.) Donellus Comm. ad h. leg.

das verpfändete Gut in Aufstreich gebracht werde, um dasselbe zu dem höchstmöglichen Preise hinauf zu treiben.

Art. 120.

„Der dritte Besitzer des Unterpfands tritt rücksichtlich desselben durch die vollkommene Befriedigung des Gläubigers in dessen Rechte von selbst und ohne ausdrückliche Cession, gegenüber von anderen gleichzeitigen und nachgesezten Pfandgläubigern ein. (Art. 108.)

Auch werden auf denselben, wenn nicht die Befriedigung des Gläubigers durch die Bezahlung eines dem Hauptschuldner noch zustehenden Kaufpreises erfolgte, die Rechte des Gläubigers gegen den Hauptschuldner und in Beziehung auf die in dessen Besitze noch befindlichen Unterpfänder, durch das Gesetz übertragen.

Gegenüber von den Bürgen oder anderen Intercedenten dagegen findet ohne ausdrückliche Cession der Eintritt in die Rechte des befriedigten Gläubigers für den dritten Besitzer nicht Statt.

Andere Besitzer von verpfändeten Gütern kann derselbe zwar ohne Cession, jedoch nur nach verhältnißmäßigen Antheilen, mit der dem Gläubiger zugestandenen Pfandschaftsklage belangen.

Art. 121.

Tritt der ausgeklagte dritte Besitzer dem Gläubiger die verpfändete Sache ab (Art. 118.); so gehen auf ihn die Rechte des Lezteren nur so weit über, als der Gläubiger durch diese Abtretung befriedigt wird: auch muß er den eigenen Ansprüchen des Gläubigers in Beziehung auf andere verpfändete Güter, in wessen Besitz dieselben seyn mögen, nachstehen.

Eben diese Bestimmungen treten auch alsdann ein, wenn der Gläubiger auf andere Weise, als durch Abtretung der verpfändeten Sache, von dem dritten Besitzer nur theilweise seine Befriedigung erhält."

In dem Entwurfe war nur kurz gesagt, daß der Besitzer des veräußerten Unterpfandes durch Befriedigung des Gläubigers in dessen Rechte von selbst und ohne Cession eintrete (1).

Zu den jezt in dem Gesetze enthaltenen ausführlichen Bestimmungen hat der von der Kammer aufgenommene Kommissionsantrag Veranlassung gegeben (2).

Es handelt sich hier davon, in welchem Rechtsverhältnisse der dritte Besitzer, welcher den gegen ihn klagenden Pfandgläubiger ganz, oder theilweise befriedigt hat, gegen weitere Pfandgläubiger, gegen den Schuldner, dessen Bürgen, und gegen die Innhaber anderer zugleich verpfändeten Gütern stehe.

Es sind hier verschiedene Fälle zu unterscheiden:

I.) Der Pfandgläubiger ist mit seiner ganzen pfandrechtlich versicherten Forderung von dem dritten Besitzer befriedigt worden.

Sind in diesem Falle

A) noch weitere Pfandgläubiger vorhanden, welche auf dieselbe Sache Versicherung erhalten haben, und der dritte Besitzer hat dem Kläger nicht die Sache selbst abgetreten, sondern denselben mit Geld befriedigt, so tritt er gerade so in die Stelle desselben ge-

---

(1) §. 92.

(2) Kommiss. Antr. XXII. 3. Hauptantr. XX. 2. Schon die Ausschußsätze giengen etwas mehr in das Einzelne. II. 56. 57.

genüber von den andern Gläubigern ein, als ob er dessen Forderung und Unterpfandrecht durch Cession erworben hätte und das Verhältniß, welches hiedurch entsteht, kann nun verschiedener Art seyn. Haben nämlich

1) die andern, auf dieselbe Sache versicherten Gläubiger ein der Zeit nach besseres Unterpfandsrecht, als der befriedigte Gläubiger hatte, so können sie gegen den dritten Besitzer, welcher die Sache selbst zurückbehalten hat, mit Erfolg auf Herausgabe der Sache klagen, so daß ihm wieder nur die Wahl übrig bleibt, dieselbe ihnen zu übergeben, oder sie für ihre mit Pfandrecht versicherten Forderungen ebenfalls mit Geld zu befriedigen. Denn er ist zwar durch die Abfindung des ersten Klägers auch Unterpfandsgläubiger geworden, allein wenn jener ein minder bevorzugtes Recht hatte, als die Anderen, so konnte auch nur dieses minder bevorzugte Recht auf ihn übergehen, und es tritt alsdann der oben berührte Fall ein, daß von einem bevorzugteren Pfandgläubiger gegen den minder bevorzugten die Pfandklage erhoben werden kann (3).

Dieser Satz scheint eine Härte zu enthalten, indem der dritte Besitzer, selbst wenn er einen Pfandgläubiger befriedigt hat, dennoch wieder in die mißliche Lage kommen kann, entweder die Sache herauszugeben, oder noch einmal zu bezahlen.

Allein es steht ihm ja frei, über die auf dem Gute ruhenden Forderungen das Unterpfandsbuch nachzusehen, und statt daß er den klagenden Gläubiger befriedigt, das

---

(3) Vergl. Erläut. zu Art. 115 – 19. 1. a. E. Ferner die Art. 96. 97.

Geld für diejenigen Gläubiger zu deponiren, welche vorzüglichere Rechte haben (4).

2) Wenu die auf dieselbe Sache versicherten anderen Gläubiger das gleiche Vorzugsrecht haben, wie der von dem dritten Besitzer abgefundene, so steht Allen ein gleiches gemeinschaftliches und nach Verhältniß der verschiedenen Forderung auszuübendes Unterpfandsrecht auf der Sache zu. (Art. 97.) Sind endlich

3) die Rechte der Andern minder bevorzugt, so können sie zwar auch noch an den dritten Besitzer, welcher den bevorzugteren Gläubiger abgefunden hat, pfandrechtliche Ansprüche machen, allein diese Ansprüche können erst dann von Erfolg seyn, wenn der dritte Besitzer vermöge des auf ihn übergegangenen Unterpfandsrechtes aus dem Werthe der Sache für das befriedigt ist, was er dem abgefundenen Gläubiger entrichten mußte, wobei es dann in Ermanglung eines Vergleiches zu Versteigerung der Sache kommen wird.

Hiebei ist zu bemerken, daß das Unterpfandsrecht des abgefundenen Gläubigers nur nach Maßgabe der Abfindungssumme auf den dritten Besitzer übergeht, so daß dieser für andere etwaige Forderungen an den Schuldner dasselbe nicht anzusprechen hat (5).

Wenn indessen vermöge eines zwischen dem Gläubiger und dem dritten Besitzer abgeschlossenen Vergleiches der

---

(4) Es läßt sich zwar auch der Fall denken, daß eine bevorzugte Forderung unrichtiger Weise gelöscht worden wäre. Aber auch dieser Gefahr kann der dritte Besitzer entgehen, indem er entweder an den Kläger das Gut selbst abtritt, oder die, deren Forderungen gelöscht sind, gerichtlich aufzurufen bittet.

(5) Diß ist, wenn gleich der Schuldner die Sache nicht mehr besizt, wegen der Konkurrenz der Gläubiger bald nach Maßgabe der Größe, bald nach Maßgabe der Zeit ihrer Forderungen von Wichtigkeit.

der leztere die verpfändete Sache mit einer geringeren Summe befreit, so wird, sobald nur der Gläubiger als völlig befriedigt anzusehen ist, dessen versicherte Forderung doch in ihrem ganzen Betrage auf den dritten Besitzer übergehen, da dieser Vergleich im Zweifel nur zu seinem, und nicht zu des Schuldners, oder der andern Gläubiger Besten abgeschlossen worden ist (6).

B) Von dem Verhältnisse des dritten Besitzers gegen den Hauptschuldner.

In Beziehung auf die Ansprüche, welche dem dritten Besitzer, der einen Pfandgläubiger befriedigt hat, gegen den Hauptschuldner zustehen, verordnet das Gesetz ebenfalls, daß der dritte Besitzer, den Fall der noch nicht geschehenen Bezahlung des Kaufschillings ausgenommen, in die Rechte des Gläubigers eintreten solle. — Da nun nach dem gemeinen Rechte für dieses Rechtsverhältniß die Regeln von der Gewährleistung eintreten, so fragt es sich, ob sie auch nach unserem Gesetze in Anwendung zu bringen sind, oder ob angenommen werden muß, daß der Gesetzgeber, indem er dem Gläubiger den Eintritt in die Stelle des Gläubigers einräumt, einen abweichenden Grundsatz habe aufstellen wollen. Die Frage ist von Wichtigkeit, indem nach gemeinem Rechte in gewissen Fällen keine Verbindlichkeit des Schuldners zur Gewährleistung vorhanden seyn würde. Da sich indessen schon in den Ausschußsätzen der Ausdruck findet: „der Besitzer habe den Regreß an den Verkäufer ꝛc.," da die von dem Gesetzgeber gemachte Ausnahme, — „wenn der Kaufschilling noch ausstehe," — deutlich zeigt, daß er von dem Gesichtspunkte

(6) Will man die l. anastasiana hier anwenden, so fällt die Entscheidung natürlich anders aus.

des Schadenersatzes ausgieng, da ferner die Grundsätze von der Eviktionsleistung nach gemeinem Rechte auch dann vorkommen, wenn sich der dritte Besitzer die Rechte des Gläubigers gegen den Schuldner wirklich hat abtreten lassen, so wird man annehmen müssen, daß der Gesetzgeber die Anwendung der gewöhnlichen Regeln über Gewährleistung nicht habe ausschließen wollen, und daß die Bestimmung über den Eintritt des dritten Besitzers in die Rechte des Gläubigers nur ausgesprochen worden sey, um dem ersteren bei Verfolgung seiner nach den Regeln von der Gewährleistung zu bildenden Ansprüche den besonderen Vortheil zu geben, welcher aus dem Eintritt in die Rechte des Gläubigers folgt. Die Absicht des Gesetzgebers war daher wohl einzig die, den Satz, daß der dritte Besitzer von dem Gläubiger Cession seiner Rechte fordern könne, dahin zu erweitern, daß er dieser Cession nicht einmal bedürfen solle, um in seine Stelle zu treten.

Hienach dürften denn für das gegebene Verhältniß nach Verschiedenheit der Fälle folgende Regeln aufzustellen seyn:

1) Der Erwerb des dritten Besitzers geschah auf eine lästige Weise, und

a) der Kaufschilling ist bereits von ihm bezahlt.

Wenn er nun die verpfändete Sache an den Gläubiger abtritt, oder aber diesen mit Geld abfindet, so kann er in dem lezten Falle den Ersatz des gegebenen Geldes, im ersten aber Entschädigung wegen der Herausgabe der Sache fordern. Hiebei kommt der Werth, welchen die Sache zur Zeit der Herausgabe hatte, jedoch nach einem nicht übertriebeneu Anschlage, in Betracht, und in beiden Fällen steht dem Besitzer das Recht zu,

für den ihm etwa zugegangenen weiteren Schaden ebenfalls Ersatz zu fordern (7).

b) Der Kaufschilling ist noch nicht berichtigt.

Wenn nun der Betrag desselben völlig auf die Befriedigung des klagenden Gläubigers gieng, sey dieselbe nun durch Abtretung der ganzen Sache, oder durch Bezahlung geschehen, so behält ihn natürlich der dritte Besitzer zurück. Beträgt aber die abgefundene Forderung nur einen Theil des Kaufschillings, so darf er auch nur diesen Theil zurückbehalten, und muß den Rest dem Schuldner erlegen. Indessen kann der dritte Besitzer auch in diesen beiden Fällen, namentlich wegen einer betrüglichen Handlungsweise des Schuldners noch besondere Ansprüche an denselben zu machen, und daher auch einen etwaigen Ueberschuß des Kaufschillings zurückzubehalten berechtigt seyn.

2) Der Besitzer hat die Sache gewinnmäßig erworben, und zwar

a) durch Erbgang. War er nun einziger Erbe des Schuldners, so ist er nicht als dritter Besitzer anzusehen, hatte er aber mehrere Miterben, so ist er, wenn nicht eine besondere Ueberweisung der Schuld auf ihn geschah, dem Gläubiger nur nach Maßgabe seiner Erbportion persönlich verpflichtet, und in Hinsicht des dieses Maß übersteigenden Betragens wirklich dritter Besitzer (8).

---

(7) l. 8. 13. 15. 16. pr. 64. pr. §. 1. l. 10. D. de eviction. (21. 2.) l. 9. C. eod. (8. 45.) l. 43. sub fin. l. 44. 45. pr. de A. E. V. (19. 1.) l. 7. 8. 15. §. 8. loc. (19. 2.) Vergl. auch Thibaut §. 184. Wehning Bd. III. §. 381.

(8) Es seyen 3 Erben A B C. An den A fiel das verpfändete Gut X, ohne daß die Schuld besonders auf ihn überwiesen worden wäre. Alsdann ist er zum dritten Theile selbst persönlich verpflichtet, also wenn die Schuld 300 fl. beträgt, für 100 fl.

Er hat daher, wenn er diesen ihn nicht persönlich treffenden Betrag ebenfalls entrichtet, oder den Gläubiger durch Uebergabe der Sache befriedigt hat, deßhalb Ansprüche gegen seine Miterben auf Gewährleistung, wobei wieder der jetzige Werth des Gutes in Betracht kommt (9).

b) Durch Schenkung, oder Vermächtniß, so haftet der Schenkgeber oder der Erbe dem dritten Besitzer nur, wenn er arglistig handelte, wenn er Gewährleistung versprach (10), wenn der Legatar dem Erlasser besonders nahe verbunden war (11), oder wenn aus einer Gattung geschenkt, oder vermacht wurde und nicht Alles, was zu derselben gehört, entwährt wird (12).

Verfolgung des Anspruchs auf Gewährleistung.

Wenn nun der dritte Besitzer in einem vorkommen-

Muß er aber vermöge der auf dem ihm übertragenen Gute übertragenen Pfandlast dem Gläubiger die 300 fl. entrichten, so entrichtet er 200 fl. daran als dritter Besitzer.

(9) l. 20. §. 3. D. famil. ercisc. (10. 2.) l. 14. C. eod. (3. 36.) l. 66. §. fin. de evict. (21. 2.)

(10) l. 62. §. 2. h. t. (21. 2.) l. 62. D. de aedil. edicto. (21. 1.) l. 18. §. 3. D. de don. (39. 5.) l. 2. C. de evict. (8. 45.)

(11) l. 77. §. 8. D. de leg. II. (31.) Thibaut §. 759.

(12) Bei Legaten hat diß keinen Zweifel. Ob aber auch bei einer Schenkung aus einer Gattung Gewährleistung stattfinde, ist sehr bestritten. Die gemeine Meinung ist die im Text ausgedrückte, mit Berufung auf l. 58. D. h. t. (21. 2.) l. 45. §. 1. 2. l. 46. 108. D. de legat. I. (30.) l. 29. §. 3. D. de leg. III. (32.) Schweppe juriſt. Magazin Bd. I. Heft 1. S. 145. folg. Glück Thl. XX. §. 1119. Wehning Bd. III. §. 377. Dagegen Lauterbach Coll. XXI. 2. §. 15. Thibaut civil. Abhandl. 4. S. 43—64. mit Berufung auf Pauli recept. sent. L. 5. tit. 11. §. 5. l. 18. §. 3. D. de don. (39. 5.) l. 2. C. de evict. (8. 45.)

den Falle von dem Hauptschuldner wirklich Gewährleistung anzusprechen hat, so macht er diesen Anspruch mit dem nämlichen Vorrechte, wie es dem von ihm abgefundenen Gläubiger zustand, geltend. Hat nämlich

1) der Schuldner noch andere Güter in Händen, welche für die nämliche Forderung verpfändet wurden, so kann der dritte Besitzer auf diese Güter, als wäre er selbst ursprünglicher Pfandgläubiger, die Pfandklage anstellen, und wenn dieselben Güter auch noch andern Gläubigern verpfändet sind, so kommen wieder die Bestimmungen der Art. 96 und 97. in Anwendung.

2) Sind keine mitverpfändeten Güter mehr in den Händen des Hauptschuldners, so ist der Regreßanspruch des dritten Besitzers nur persönlich, und dasselbe ist immer der Fall mit den besondern Entschädigungsansprüchen, welche er an den Schuldner außer der aus der Befriedigung des Gläubigers an sich hervorgehenden Hauptforderung noch zu machen hat.

Von dem Falle, wenn der ausgeklagte Besitzer das verpfändete Gut von einem Dritten erworben hat.

Die bisher vorgetragenen Regeln finden für diesen Fall nur theilweise Anwendung, soferne nämlich von der Verbindlichkeit zur Gewährleistung an sich die Rede ist.

Mag nämlich der, welcher das verpfändete Gut an den beklagten dritten Besitzer übertragen hat, der Schuldner selbst, oder ein Dritter, welcher selbst vom Schuldner erworben hatte, seyn, so bleibt seine Verbindlichkeit zur Gewährleistung immer die nämliche, nicht aber die Art und Weise, wie der dritte Besitzer sein Recht darauf geltend machen kann.

Denn wenn der Gewährsmann (auctor) desselben nicht selbst der Schuldner ist, so hat der Gläubiger, da

jener sich nicht mehr im Besitze befindet, keine Rechte gegen ihn, und kann somit auch an den von ihm ausgeklagten Besitzer keine Rechte abtreten. Hat daher

1) der Gewährsmann des nunmehrigen dritten Besitzers noch mehrere für dieselbe Schuld mitverpfändeten Güter in Händen, so kann sich der leztere deßhalb an ihn nur so halten, wie an jeden andern Innhaber mitverpfändeter Güter (13), und wenn derselbe

2) keine solche Güter mehr hat, so kommen dem nunmehrigen Besitzer blos die gewöhnlichen Personalansprüche auf Gewährleistung zu. Nebenbei ist es diesem indessen

3) unbenommen, nach den oben vorgetragenen Regeln den Hauptschuldner dinglich zu belangen, wenn dieser noch andere mitverpfändete Güter in Händen hat.

Von der Streitverkündigung.

Es kann die Frage aufgeworfen werden, ob der dritte Besitzer verbunden sey, ehe er den klagenden Gläubiger befriedigt, seinem Gewährsmanne den Streit zu verkündigen, damit er denselben nachher in Anspruch nehmen könne.

Nun ist im Allgemeinen der Satz unbestreitbar, daß, wo es sich von Entwährung eines erworbenen Gutes handelt, die Streitverkündigung zu rechter Zeit geschehen muß, damit ein Gewährleistungsanspruch begründet werde (14), und es ist kein Grund vorhanden, warum in den vorliegenden Verhältnissen eine Ausnahme von dieser Regel stattfinden sollte. — Man könnte zwar einwenden, daß der dritte Besitzer wenigstens gegen den Schuldner in der

(13) Vergl. unter D.

(14) l. 53. §. 1. D. de evict. (21. 2.) l. 7. 8. 9. C. h. t. (8. 45.)

Rolle des Gläubigers auftrete, und daß es deßhalb einer Streitverkündigung nicht bedürfe. Allein alsdann wird auch dem Schuldner freistehen, alle diejenigen Einwendungen gegen ihn vorzubringen, die er gegen den Gläubiger hätte vorbringen können, und nur dann, wenn das Recht des Gläubigers klar und nicht zu bestreiten wäre, würde dem dritten Besitzer die Unterlassung der Streitverkündigung nicht schaden. Diß ist aber auch schon ein Satz des gemeinen Rechtes (15).

Räthlich ist es daher immer für den dritten Besitzer, seinem Gewährsmanne den Streit zu verkündigen, und doppelt räthlich, wenn in dem Unterpfandsbuche Einreden gegen die Forderung eingetragen sind.

C) Rechtsverhältniß des dritten Besitzers zu den Bürgen des Schuldners.

Schon der Ausschuß trug darauf an, daß der dritte Besitzer der entwährten verpfändeten Sache seinen Regreß auch gegen den Bürgen des Hauptschuldners haben solle (16), und die Kammer schlug auf Veranlassung der Kommission die Bestimmung vor, daß ihm der Anspruch des Gläubigers gegen den Bürgen oder andern Intercedenten (17) wenigstens dann zugestanden werden solle, wenn sich nicht aus den Umständen ergebe, daß die Bürgen sich nur im Vertrauen auf die von dem Schuldner geleistete Realsicherheit verbunden, oder nur zu Ergänzung der ersteren in die Verpfändung ihrer Güter gewilligt haben (18).

---

(15) l. 11. §. 12. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 53. §. 1. h. t. (21. 2.)

(16) Ausschußsätze II. 57. 6.

(17) Ueber die verschiedenen Arten von Intercession vergl. Thibaut §. 942. 943.

(18) Kommiss. Antr. XXII. 3. Hauptantr. XX. 2.

Die Regierung erwiederte indessen, daß ein Eintritt in die Rechte des befriedigten Gläubigers gegenüber von dem Bürgen für den dritten Besitzer in keinem Falle stattfinden solle (19).

Diese Aeußerung erklärt sich aus der Fassung des Gesetzes dahin, daß der dritte Besitzer gegen den Bürgen in der Rolle des Gläubigers wenigstens dann auftreten kann, wenn ihm dieser seine Rechte gegen jenen abgetreten hat. Die Folge von dieser Abtretung besteht sodann darinne, daß er, wenn die Bürgschaft unter Verpfändung von Gütern geleistet wurde, mit einer auf dieselbe gerichteten dinglichen Klage gegen den Bürgen, wie der Gläubiger selbst auftreten kann (20).

Ohne diese Abtretung der Rechte von Seiten des Gläubigers hat dagegen der dritte Besitzer gegen den Bürgen des Schuldners gar keine Klage, da er durchaus in keinem Rechtsverhältnisse mit demselben steht (21).

D) Rechtsverhältniß zu andern Besitzern verpfändeter Güter.

Es ist bereits gezeigt worden, daß wenn für eine und dieselbe Schuld mehrere Güter verpfändet worden sind, der Besitzer von einem derselben dem Pfandgläubiger weder die Einrede der Vorausklage, noch die der Theilung entgegensetzen kann (22).

Eben so wenig könnte man ihm nach Befriedigung des Pfandgläubigers nach dem gemeinen Rechte ohne vor-

---

(19) Rescr. zu Antr. XX. 2.

(20) Daß indeß der Bürge auch hier die Einrede der Vorausklage hat, wenn noch andere mitverpfändete Güter vorhanden sind, ist dem Art. 116. angemessen.

(21) Aus diesem Grunde findet auch l. 7. C. h. t. (8. 45.) keine Anwendung.

(22) S. Erläut. zu Art. 115—19. 6.

gängige Cession weitere Ansprüche gegen die Besitzer anderer mitverpfändeten Güter einräumen. Dagegen verordnet unser Gesetz, daß er dieselbe nach verhältnißmäßigen Antheilen auch unmittelbar mit der Pfandschaftsklage belangen könne. — Das Verhältniß aber, welches hier zu Grunde gelegt werden muß, ist das des Werthes der verpfändeten Güter zu einander, und in Beziehung auf die Forderung. — Wenn z. B. für eine Forderung von 1200 fl. drei Güter, nämlich ein Acker um 400 fl., eine Wiese um 600 fl., ein Haus um 1000 fl. verpfändet sind, und der Besitzer des Hauses muß auf die erhobene Pfandklage den Gläubiger befriedigen, so kann er nur wegen der Hälfte der Forderung gegen die Besitzer des Ackers und der Wiese und zwar gegen den ersten auf 240 fl., den zweiten auf 360 fl. klagen, die übrigen 600 fl. muß er selbst übernehmen.

Auch hier kann der Fall eintreten, daß noch andere Gläubiger auf das Gut versichert sind, als der, welchen der Besitzer befriedigt hat. Alsdann treten wieder ganz die Regeln der Art. 96 und 97. ein (23).

II. Der Gläubiger ist nicht für den ganzen Betrag seiner Forderung befriedigt worden.

Diß kann geschehen, indem entweder der dritte Besitzer die verpfändete Sache an den Gläubiger abtritt, während dieselbe den Werth der von diesem eingeklagten versicherten Forderung nicht mehr erreicht, oder indem der Gläubiger sich mit der Bezahlung eines Theils seiner Forderung begnügt, und sich wegen des Restes an den Schuldner, oder die Besitzer der andern ihm verpfändeten Gegenstände halten will. Jedenfalls wird dadurch das Verhältniß wenigstens theilweise verändert.

1) Die Ansprüche gegen diejenigen Personen, welche

---

(23) Vergl. oben I. A.

er vermöge des Ueberganges der Rechte des Gläubigers auf ihn angreifen kann, gehen nun nur theilweise auf ihn über. So die an den Schuldner, wenn er nicht das Gut von diesem selbst erworben hat, die nach vorgängiger Cession an dessen Bürgen, und die an die Besitzer anderer mitverpfändeter Güter zu machenden Ansprüche und zwar so, daß der dritte Besitzer dem Gläubiger in Beziehung auf die lezteren nachstehen muß.

2) Dagegen ändert sich durch diese bloß theilweise Befriedigung nichts im Wesen des Anspruches des dritten Besitzers an denjenigen, der ihm das verpfändete Gut selbst übertragen hat. Ist dieser sein Gewährsmann nicht zugleich der Schuldner, so muß er ihn ohne allen Eintritt in die Rechte des Gläubigers nach den gewöhnlichen Regeln der Gewährleistung, und ist er zugleich der Schuldner, so kann er ihn wenigstens auf diese Weise belangen. Hat daher der dritte Besitzer dem Gläubiger das Gut abgetreten, oder dessen ganzen Werth entrichtet, so ist er, wenn dieser dadurch auch nicht ganz befriedigt worden wäre, doch den vollen Ersatz von seinem Gewährsmanne zu fordern berechtigt, und nur dann, wenn er dem Gläubiger eine gewisse Summe bezahlte, welche den Werth des Gutes nicht erreicht, kann er bloß den Ersatz dieses Theiles ansprechen.

Art. 122.

„Dem dritten Besitzer bleibt überhaupt der Rückanspruch gegen diejenigen vorbehalten, welche zum Schadenersatze nach den Civilgesetzen verbunden sind, so weit er aus dem Besitze des Guts in Folge der Pfandschaftsklage gekommen ist, oder die versicherte Schuld bezahlt hat.“

Hievon wird bei Gelegenheit der Subsidiarklage Art. 223. folg. besser die Rede seyn.

Siebentes Kapitel.

„Von Erlöschung des Unterpfands."

Gründe der Erlöschung.

Art. 123.

Das Unterpfand erlischt, unter den nachfolgenden näheren Bestimmungen:

1) durch Tilgung, Erlöschung oder Nichtigkeitserklärung der Forderung, zu deren Sicherung es bestellt worden ist;
2) durch den Untergang der verpfändeten Sache;
3) durch den Ablauf der Zeit, auf deren Dauer das Pfandrecht bei Bestellung des Unterpfands beschränkt worden ist;
4) durch ausdrückliche Entsagung des Pfandgläubigers auf das Unterpfandsrecht;
5) durch den gerichtlichen Verkauf der verpfändeten Sache;
6) durch die Erlöschung des Rechts des Verpfänders.

Auf die Lehre von dem Erlöschen der Unterpfänder haben die Grundsätze der Oeffentlichkeit und Specialität nicht den umfassenden Einfluß, wie auf die Erwerbung derselben. Entstehen kann ein Unterpfand nicht ohne den öffentlichen Eintrag, erlöschen kann es, ohne daß der Eintrag in dem Unterpfandsbuche gerade gelöscht wird. — Das Gesetz schließt sich daher mit Angabe der Erlöschungsgründe näher an das gemeine Recht an, wobei

jedoch die wohlthätige Sorgfalt in die Augen fällt, diese Gründe genau anzugeben, alle Unbestimmtheiten auch in dieser Hinsicht aus dem pfandrechtlichen Verhältnisse zu entfernen und mehrere Kontroversen des römischen Rechtes abzuschneiden.

„Nähere Bestimmungen.

Art. 124.

(1) Die Erlöschung des Unterpfands durch Nichtigkeitserklärung oder Tilgung der Forderung kann in Beziehung auf den dritten Erwerber der Leztern, rücksichtlich der Hauptforderung sowohl als des Unterpfandsrechts, nur unter den in dem Art. 88. enthaltenen Bestimmungen eintreten."

Daß mit dem Wegfallen der Forderung selbst auch das dafür bestellte Unterpfand erlöschen muß, geht aus der Natur der Sache hervor, da es bloß einen Nebentheil des Schuldverhältnisses ausmacht — Auf welche Weise die Forderung aufgehoben werde, ist gleichgültig und es kann diß durch Zahlung, Nachlaß, Kompensation, Nichtigkeitserklärung, Novation u. s. w. geschehen. Dagegen muß die Forderung in allen ihren Theilen, nämlich so weit die verpfändete Sache damit behaftet ist, aufhören, wenn das Unterpfandsrecht erlöschen soll, und wenn selbst der größte Theil der Forderung getilgt ist, so dauert das ganze Unterpfand für den Rest fort (1). Daher wird man behaupten müssen, daß wenn selbst die Hauptforderung getilgt, dieselbe aber als verzinslich

(1) l. 9. §. 3. l. 19. D. de pign. act. (13. 7.) l. 6. C. de distr. pign. (8. 28.) l. 2. C. si debitorem (8. 29.) Wehning B. II. §. 174. Seuffer Lehrb. §. 225.

eingetragen ist, und die Zinsen vom laufenden und den zwei leztverflossenen Jahren noch nicht bezahlt sind, das Unterpfand fortdaure, und ebenso wenn die Kosten des Einklagens mit einer gewissen Summe in die Versicherung aufgenommen und wirklich aufgewendet worden, aber noch nicht berichtigt sind (2).

Die Forderung muß ferner, damit das Unterpfand erlösche, wirklich getilgt seyn und es reicht nicht hin, daß sie nur darum nicht eingeklagt werden kann, weil dem Berechtigten eine Einrede entgegensteht, durch welche die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners nicht aufgehoben wird, worauf sich

l. 14. §. 1. de pign. bezieht:

„Ex quibus causis naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit“ (3).

Ein solcher Fall tritt ein, wenn z. B. der Schuldner sich auf den macedonianischen Rathschluß, oder auf ein anderes verbietendes Gesetz beruft, vermöge dessen er der Klage des Gläubigers zwar eine Einrede entgegensetzen kann, ohne daß jedoch dadurch auch seine natürliche Verbindlichkeit aufgehoben wird (4).

Ob nun gleich der Kläger auf diese Weise sein Recht nicht unbeschränkt verfolgen kann, so ist ihm doch das Fortbestehen der natürlichen Verbindlichkeit des Schuldners und die darauf sich beziehende Fortdauer des Pfandrechtes häufig von Nutzen, indem er dasselbe nicht nur in manchen Fällen gegen den dritten Besitzer geltend machen

---

(2) Vergl. Erläut. zu Art. 53—55.

(3) S. l. 2. C. de luit. pign. (8. 31.) Erläut. zu Art. 1. unter 2. Wehning a. a. O. Vergl. indessen über die Auslegung von l. 2. cit. Mühlenbruch Lehre von der Cession ꝛc. S. 312. folg.

(4) Weber von der natürlichen Verbindl. §. 104. folg.

kann (5), sondern der Schuldner von seiner Einrede auch keinen Gebrauch mehr hat, wenn er dieselbe der Pfandklage des Gläubigers nicht entgegengesezt hat und dieser aus dem Unterpfande bezahlt worden ist, es wäre denn, wie bei Spielschulden, dem Schuldner von den Gesetzen eine Rückforderungsklage ausdrücklich gegeben.

Von der Novation insbesondere.

Durch eine kumulative, d. h. eine solche Novation, vermöge welcher an einer Verbindlichkeit nur Veränderungen, oder Zusätze gemacht werden, wird eine Forderung niemals aufgehoben (6), wohl aber durch privative Novation, vermöge welcher an die Stelle der alten Verbindlichkeit eine neue gesezt wird, und welche daher auch mit der alten Verbindlichkeit das dafür bestellte Pfandrecht aufhebt.

Wenn nun derselbe Gläubiger für seine neue Forderung auf die ihm für die alte Forderung verpfändeten Gegenstände wieder ein Unterpfandsrecht erhält, so müßte sich eigentlich dieses Unterpfandsrecht von der Zeit der neuen Bestellung datiren. Da aber hierinne eine Unbilligkeit liegt, so lassen die römischen Gesetze den Gläubiger in seine eigene Stelle eintreten,

l. 3. pr. D. qui pot. (20. 4.)

„Creditor acceptis pignoribus, quae secunda conventione secundus creditor accepit, novatione postea facta pignora prioribus addidit; superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit, tanquam in suum locum succedenti.“

l. 12. §. 5. eod.

Papinianus lib. 11. respondit, si prior creditor postea novatione facta eadem pignora cum aliis acceperit, in suum locum eum succedere.“

---

(5) Vergl. Erläut. zu Art. 115—19. 3. b. aa.

(6) Thibaut §. 934.

so daß, wenn in der Zeit zwischen der ersten und der bei der Novation vorgenommenen zweiten Verpfändung auch andere Pfandrechte auf dieselbe Sache bestellt sind, der frühere, novirende Gläubiger mit seinem Pfandrechte vor denselben den Vorzug hat (7).

Man muß fragen, ob diese Bestimmung auch jezt und nach unserem Gesetze ihre Anwendung finde? — Da sie in demselben nicht ausdrücklich aufgehoben ist und sich mit seinen allgemeinen Grundsätzen recht gut vereinigen läßt, so wird die Frage zu bejahen seyn. Nur wird, damit der Eintritt des Gläubigers in seine vorige Stelle stattfinde, ein Eintrag in das Unterpfandsbuch darüber, daß ihm ungeachtet der Novation sein bisheriges Unterpfand bleiben solle, erforderlich seyn.

Art. 125.

(2) „Die Umwandlung oder die neue Gestaltung der verpfändeten Sache bewirkt hinsichtlich des Unterpfandsrechts keine Veränderung.

Ist die Sache, welche zu Grunde gegangen, wieder hergestellt worden; so lebt das Unterpfandsrecht wieder auf. Daher geht bei Abbrennung eines Gebäudes das Unterpfandsrecht auf das neuaufgeführte Gebäude über.

Der Pfandgläubiger ist in diesem Falle berechtigt, die von der Brandversicherungskasse zu leistende Entschädigungssumme, zwar nicht zum Behufe der Tilgung seiner Forderung, aber doch zur Bewirkung der Wiedererbauung des Gebäudes in Anspruch zu nehmen."

---

1) Untergang der verpfändeten Sache.

Das Unterpfandsrecht hört auf, wenn der Gegenstand,

---

(7) Gesterding S. 286. folg. Wehning B. II. §. 174.

auf den es bestellt ist, untergeht, denn man kann kein Recht auf eine Sache haben, die nicht ist (1). Wenn also z. B. ein verpfändetes Grundstück von einem Flusse überschwemmt wird, so kann das Unterpfandsrecht natürlich nicht darauf geltend gemacht werden. Tritt der Fluß nach einiger Zeit zurück, so lebt das Unterpfand wieder auf, hat er aber seinen Lauf über das verpfändete Grundstück für die Dauer genommen, so ist das Unterpfand verloren.

Mit dem gänzlichen Untergange der Sache darf jedoch ein theilweiser nicht verwechselt werden. — Wenn sich nämlich auch ein Theil der verpfändeten Sache verliert, ein anderer aber bleibt, so lebt das Unterpfand auf diesem fort. — Daraus entsteht die Regel, daß wenn ein Haus verbrannt und ein neues auf derselben Stelle erbaut ist, das Pfandrecht auf dieses neue übergeht (2). Denn das Pfandrecht haftet auch auf dem Grund und Boden (der area) und geht von diesem auf das neu erbaute zu ihm gehörige Haus über.

Unser Gesetz stellt den nämlichen Satz auf. Doch scheint es nach seinen Bestimmungen nicht wesentliches Erforderniß zu seyn, daß das neue Haus wieder auf derselben Stelle erbaut werde, indem dem Gläubiger ein gewisses Recht auf den Beitrag aus der Brandversicherungskasse ertheilt wird, welcher in der Zwischenzeit gewissermaßen als Surrogat für das zu Grunde gegangene Haus anzusehen ist. In-

---

(1) l. 8. pr. D. quib. mod. pign. (20. 6.) Sicuti re corporali extincta, ita et usufructu extincta pignus hypothecave perit.

(2) l. 35. D. de pign. (20. 1.) l. 21. de pign. act. (13. 7.) Der dritte Besitzer in gutem Glauben kann jedoch von dem gegen ihn klagenden Pfandgläubiger Ersatz der Herstellungskosten verlangen. l. 29. §. 2. D. de pign.

Indessen wird man doch annehmen müssen, daß wenn ein nicht in der Brandversicherung begriffenes Gebäude niederbrennt und dafür ein anderes zu demselben Zwecke, aber auf einem andern Platze wieder aufgeführt wird, das Unterpfandsrecht nicht auf dieses leztere übergehe.

2) Umgestaltung der verpfändeten Sache.

Die Frage, ob ein Pfandrecht bei einer Umgestaltung der verpfändeten Sache fortdaure, beantworten die römischen Gesetze (3) nach Verschiedenheit der Fälle. Wenn ein verpfändetes Haus in einen Garten verwandelt, oder auf ein verpfändetes Grundstück ein Haus erbaut wird, soll das Pfandrecht fortdauern, wenn dagegen das Holz eines verpfändeten Waldes zu einem Schiffsbau verwendet worden ist, soll das Pfandrecht nicht auf das Schiff übergehen. Der Grundsatz ist nach dem römischen Rechte also wohl der, daß das Pfandrecht fortdauert, wenn eine Sache, welche Gestalt sie annehme, nur dieselbe bleibe und als verpfändete Sache nicht verloren gehe (4).

---

(3) l. 16. §. 2. de pign. (20. 1.) Si res hypothecae data, postea mutata fuerit, aeque hypothecaria actio competit: veluti de domo data hypothecae et horto facto. Item si de loco convenit et domus facta sit. Item de loco dato, deinde vineis in eo positis.

l. 18. §. 3. D. de pign. act. (13. 7.) Si quis caverit, ut silva sibi pignori esset, navem ex materia factam non esse pignoris, Cassius ait: quia aliud sit materia, aliud navis et ideo nominatim in dando pignore adjiciendum esse ait, quaeque ex silva facta natave sint.

(4) Gesterding S. 304 – 6. Nach Andern kömmt es darauf an, ob durch die Specifikation das Eigenthum des Verpfänders aufgehoben wird, oder nicht. Nur im ersteren, nicht aber im lezteren Falle soll das Pfandrecht erlöschen. Thibaut §. 666. IV.

Unser Gesetz sagt nun, daß die Umwandlung oder neue Gestaltung der verpfändeten Sache hinsichtlich des Unterpfandes keine Veränderung bewirke. Ist nun dieser Satz ganz allgemein zu verstehen, oder nur als Wiederholung des römischen Grundsatzes anzusehen? Wenn z. B. aus dem Holze eines verpfändeten Waldes Häuser erbaut werden, oder wenn ein Haus auf dem Abbruch verkauft wird und der Käufer aus den Trümmern auf einem anderen Platze ein neues Haus baut, geht das Pfandrecht über? — Diese Frage ist aus mehreren Gründen zu verneinen.

Einmal nimmt das Gesetz den Ausdruck Umwandlung oder Umgestaltung nur in dem Sinne der l. 16. §. 2. de pign. cit., denn wenn die Fälle der l. 18. §. 3. de pign. act. cit. eintreten, kann man eigentlich nicht mehr von einer Umwandlung, sondern nur von dem Entstehen einer neuen Sache reden. — Sodann würde die Bejahung der aufgeworfenen Frage nicht nur gegen das Gesetz der Specialität anstoßen, sondern auch der Bestimmung des Art. 49. und 51. widersprechen, wonach Früchte und Zubehörungen nur so lange sie mit der Hauptsache verbunden sind, der Pfandklage unterworfen bleiben. Sind einmal die Bäume aus einem Walde gehauen, sind die Trümmer des verpfändeten Hauses weggebracht, so haftet das Unterpfand auf dem Grund und Boden, und alles Andere ist als Zugehörung desselben anzusehen.

Dagegen dauert das Unterpfandsrecht fort, wenn ein Haus niedergerissen und zu einem Garten angelegt wird,

---

Wehning B. II. §. 173. Allein diß scheint denn doch um so weniger in den angeführten Gesetzen zu liegen, als die Fortdauer des Pfandrechtes mit dem Uebergange des Eigenthums der verpfändeten Sache nichts zu thun hat.

es geht auf das auf einem verpfändeten Garten erbaute Haus über, es bleibt bestehen, wenn der Schuldner den verpfändeten Wald zu einer Wiese anlegt. Grund und Boden bleibt immer derselbe und es giebt keine Veränderung, durch welche er an sich zu einem andern gemacht und dadurch dem Pfandgläubiger entzogen werden könnte.

Art. 126.

(3) „Wenn der Schuldner selbst auf eine bestimmte Zeit ein Unterpfandsrecht auf seine Sache einräumt, so hat diß keine andere Wirkung, als daß dadurch der Termin für die Bezahlung der Schuld bestimmt wird.

Ist dagegen ein auf eine gewisse Zeit bestimmtes Vertragsverhältniß, wegen dessen ein Unterpfand bestellt wurde, nach dem Ablaufe dieser Zeit erneuert oder verlängert worden, so erstreckt sich das früher bestellte Unterpfand nicht auf die erneuerte oder verlängerte Verbindlichkeit, wenn nicht das Gegentheil schon bei jener ursprünglichen Bestellung versehen und vorgemerkt worden."

Art. 127.

Hat ein Dritter auf eine gewisse an sich bestimmte Zeit ein Unterpfandsrecht bestellt; so erlischt dasselbe, wenn nicht der Gläubiger spätestens am dreißigsten Tage nach dem Ablaufe dieser Zeit den Schuldner oder den Eigenthümer der verpfändeten Sache auf Befriedigung belangt.

Dasselbe gilt, wenn ein Dritter seine Einwilligung zur Verpfändung einer im Besitze des Schuldners befindlichen Sache auf bestimmte Zeit ertheilt hat. Jedoch erlischt in diesem Falle das Unterpfandsrecht nur in Ansehung desjenigen Rechts, welches der Einwilligende an der verpfändeten Sache hat."

Nach gemeinem Rechte erlischt das Pfandrecht, welches nur für eine gewisse Zeit oder für eine Verbindlichkeit, die nur eine gewisse Zeit dauern soll, bestellt ist, mit dem Ablaufe dieser Zeit (1).

Der Entwurf hatte ebenfalls die Bestimmung enthalten, daß das Unterpfand durch den Ablauf der Zeit, auf deren Dauer es bei seiner Bestellung beschränkt worden sey, erlösche (2).

Die jezt in den vorliegenden Artikeln enthaltenen Bestimmungen wurden, mit Ausnahme des zweiten Satzes in Art. 126., welcher von der Kommission ausgieng, von dem Ausschusse vorgeschlagen (3).

Zu Art. 126.

Erster Satz. Diese Bestimmung scheint mehr der Natur der Sache angemessen zu seyn, als die Regel des gemeinen Rechtes. Denn es enthält etwas Unpassendes, wenn bestimmt wird, daß ein Unterpfand für eine von keinem Zeitablaufe abhängige Verbindlichkeit nach einer gewissen Zeit aufhören, mit andern Worten, daß es von da an dem Gläubiger schwerer gemacht werden solle, sein Recht zu verfolgen.

In gleichem Verhältnisse wie der Schuldner selbst steht in dieser Hinsicht ohne Zweifel der Bürge, welcher zugleich ein Unterpfand bestellt hat; denn er ist dem Gläubiger, wenn auch nur subsidiarisch, doch persönlich

---

(1) l. 6. D. quib. mod. solv. (20. 6.) Item liberatur pignus, sive solutum est debitum, sive eo nomine satisfactum est. Sed et si tempore finitum pignus est, idem dicere debemus. Vel si qua ratione obligatio ejus finita est.

(2) Entwurf §. 94. 3.

(3) Ausschußsätze II. 63 — 65. Kommiss. Antr. XXIII. 1. Hauptantr. XXI. 1.

verbindlich und kann somit nicht als Dritter betrachtet werden.

Zweiter Satz. Etwas ganz Anderes ist es, wenn ein durch Vertrag entstandenes Verhältniß nur eine gewisse Zeit dauern soll und für die durch dasselbe begründete Verbindlichkeit ein Unterpfand bestellt wird. Es kann z. B. vorkommen, daß ein Darlehen nur auf die Zeit eines Jahres gegeben und durch Pfandbestellung versichert, oder daß Jemand als Verwalter von einem Andern auf eine gewisse Zeit bestellt wird und demselben zu seiner Sicherheit ein Unterpfand einräumt.

Wenn die Zeit für die Dauer eines solchen Verhältnisses abgelaufen ist und dasselbe wird erneuert, so können in der Zwischenzeit andern Gläubigern auf dieselbe Sache Unterpfänder bestellt worden seyn, welche gleich anfangs darauf gerechnet haben, daß jenes Verhältniß mit der bestimmten Zeit beendigt werden, das dafür bestellte Unterpfand daher aufhören und sie im Zeitvorzuge vorrücken werden. Würde nun bei Fortsetzung jenes Verhältnisses das dafür bestellte Unterpfand seinen früheren Vorzug behalten, so läge darinne ein Schaden für die inzwischen eingetragenen Gläubiger, welchen sie durchaus nicht voraussehen konnten und welchen daher der Gesetzgeber vermöge des Grundsatzes der Oeffentlichkeit von ihnen abwenden muß. Diß geschieht nun durch die Bestimmung des vorliegenden Satzes. Es ist dem Pfandbesteller zwar nicht verwehrt, seinem Gläubiger bei Fortsetzung oder Erneuerung des Verhältnisses wieder ein Unterpfand einzuräumen, aber dasselbe hat alsdann seinen Zeitvorzug nur von der neuen Bestellung an.

Wenn dagegen schon bei der ersten Pfandbestellung die Bemerkung in das Unterpfandsbuch eingetragen worden ist, daß das bestellte Unterpfand seinen ursprüngli-

chen Zeitvorzug auch dann behalten solle, wenn das Verhältniß über die bestimmte Zeit fortgesezt, oder erneuert werde, so wird durch diese Erneuerung das Unterpfand nicht aufgehoben und behält seine bisherige Kraft. Denn in diesem Falle konnten sich auch die inzwischen eingetragenen Gläubiger keine Rechnung darauf machen, nach dem Ablaufe jener Zeit im Vorzugsrechte vorzurücken.

Der Fall der Erneuerung eines auf eine gewisse Zeit eingegangenen Verhältnisses darf mit dem der gewöhnlichen privativen Novation, wovon zu Art. 124. die Rede war, nicht verwechselt werden. Wenn nämlich eine, auf keine gewisse Zeit beschränkte Verbindlichkeit, für welche ein Unterpfand bestellt worden ist, erneuert (novirt) wird, so hat der Eintritt des novirenden Gläubigers in sein bisheriges Unterpfandsrecht mit dem früheren Zeitvorzuge für die in der Zwischenzeit eingetragenen Gläubiger keinen unerwarteten Nachtheil, indem sie nicht gleich anfangs auf die Novation, und also auch nicht auf ein für sie dadurch zu begründendes Vorrücken ihrer Unterpfandsrechte im Zeitvorzuge rechnen konnten.

Ferner wird die vorliegende Bestimmung auf Bürgschaftsverhältnisse bisweilen keine Anwendung finden. Wenn nämlich ein Schuldner bis auf eine gewisse Zeit zu bezahlen versprochen und einen Bürgen gestellt hat, so haftet der Bürge vermöge des Gesetzes (4) wenigstens für das Kapital auch über diese Zeit hinaus. Hat er nun bei der Verbürgung zugleich ein Unterpfand bestellt, so wird auch dieses Unterpfand durch den Ablauf der für seine persönliche Verbindlichkeit bestimmten Zeit nicht erlöschen, weil

---

(4) Landrecht Thl. II. Tit. 5. §. „wenn der Hauptschuldner" S. 252. Eine Bestimmung, welche wohl aufgehoben zu werden verdient.

diese selbst ohne Erneuerung vermöge des Gesetzes fortdauert und die angehängte Zeitbestimmung wenigstens in Hinsicht des Kapitals als gar nicht beigefügt anzusehen ist. — Zwar werden die in der Zwischenzeit eingetragenen andern Gläubiger allerdings meistens auf das Erlöschen jenes Unterpfandes mit dem Ablaufe der bestimmten Zeit rechnen, allein aus einer Unkenntniß des Gesetzes, welche ihnen hier schädlich ist.

Zu Art. 127.

Zweiter Satz. Dieser Fall kann vorkommen, wenn der Dritte Obereigenthümer und der Schuldner Untereigenthümer ist, wenn er die Nutznießung und der Schuldner nur die andern zu dem Eigenthume gehörigen Rechte auf die zu verpfändende Sache hat.

Ist in einem solchen Falle die bestimmte Zeit abgelaufen, so hören damit die Wirkungen auf, welche die Zustimmung des Dritten hervorbrachte, die Verbindlichkeit desselben, mit seinem Rechte den Ansprüchen des Gläubigers zu weichen, erlischt. Dagegen ist die Verpfändung auch ferner von Wirkung in Beziehung auf denjenigen Werth der Sache, auf welchen das Recht des Dritten sich nicht bezieht. — Wenn er also z. B. bloß Obereigenthümer ist, so häftet das Unterpfand nach wie vor auf den Früchten des Gutes. — Hat er dagegen einen Anspruch auf die Früchte des Gutes, so haftet dem Gläubiger nach dem Abflusse der bestimmten Zeit nur noch die Substanz.

Art. 128.

(4) „Ein Verzicht auf das Unterpfandsrecht kann weder aus der Einwilligung des Pfandgläubigers in die Veräußerung des Unterpfands, noch aus der Abtretung eines Vorzugsrechtes (Art. 104.) gefolgert werden; vorbe-

hältlich jedoch der für den Fall einer obrigkeitlich verfügten Bezahlung des Kaufpreises hiernach enthaltenen Vorschriften."

---

1) Durch den Verzicht auf das Unterpfandsrecht wird nur dieses, aber geradezu aufgehoben.

Daß das einem Gläubiger eingeräumte Unterpfandsrecht durch seine Entsagung erlischt, folgt schon daraus, daß man Niemand mehr Rechte aufdringen kann, als er haben will. Indessen begreift ein Verzicht auf das Unterpfandsrecht nicht auch einen Verzicht auf die Forderung in sich, da von der Nebensache auf die Hauptsache nicht geschlossen werden kann.

Nach dem gemeinen Rechte ist es streitig, ob durch einen solchen Verzicht das Unterpfandsrecht ipso jure oder nur ope exceptionis erlösche (1), während bei uns schon nach dem Landrechte (2), noch vielmehr aber nach dem gegenwärtigen Gesetze das erstere angenommen werden muß.

2) Bedingungen für die Gültigkeit der Entsagung.

Daß nur diejenigen Personen einem ihnen eingeräumten Pfandrechte entsagen können, welche überhaupt über das Ihrige zu verfügen rechtlich vermögen, daß Manche es nur unter den Förmlichkeiten zu thun befugt

---

(1) l. 23. C. de pign. (8. 14.) l. 17. §. 2. D. de pact. (2. 14.) l. 5. D. quib. mod. pignus (20. 6.) Vergl. Donellus Comm. ad l. 23. C. cit. Gesterding S. 292.

(2) Landr. Thl. II. Tit. 23. S. 311.

sind, welche das Gesetz in solchen Fällen vorgeschrieben hat, also Frauenspersonen nur unter Zuziehung ihres gerichtlich bestellten Geschlechtsvormundes, Mündel unter Zuziehung des Vormunds und, weil es sich um ein dingliches Recht auf ein unbewegliches Gut handelt, mit Erlaubniß der vormundschaftlichen Behörde, daß ferner eine Entsagung aus den nämlichen Gründen wieder angefochten werden kann, welche überhaupt einen Vertrag ungültig machen, also wegen Furcht, Zwangs, Irrthums, Betrugs, bedarf keines Beweises.

Ist eine Entsagung in irgend einer dieser Hinsichten ungültig und das Unterpfand gelöscht worden, so kann natürlich der Gläubiger, oder können die Personen, welche für ihn handeln müssen, verlangen, daß der Eintrag in das Unterpfandsbuch wieder erneuert werde. — Eine andere Frage ist aber, welche Folgen die Aufhebung einer geschehenen Entsagung alsdann hat, wenn in der Zwischenzeit einem Dritten auf dasselbe Gut ein Unterpfandsrecht bestellt worden ist, ob nämlich das wieder erneuerte Unterpfandrecht des ersten Gläubigers dem zweiten vorgeht oder nicht? — Man wird diese Frage dahin beantworten müssen, daß 1. das Unterpfand wieder erneuert werden muß, als ob es gar nie gelöscht worden wäre, wenn es Pflicht der Unterpfandsbehörde war, die Entsagung so, wie sie geschah, z. B. von einem Minderjährigen ohne Vormund, gar nicht anzunehmen, und das Unterpfand auf deren Grund nicht zu löschen, daß dagegen 2. der erneuerte Eintrag keine rückwirkende Kraft hat, wenn die Entsagung und darauf erfolgte Löschung aus einem Grunde angefochten wird, den die Unterpfandsbehörde entweder nicht kannte, oder den sie nicht zu berücksichtigen verpflichtet war, z. B. wegen Irrthums, Betrugs. Nur in dem ersten Falle nämlich ist die Handlung der Löschung selbst

nichtig, nicht aber in dem zweiten, und hierauf scheint es anzukommen (3).

3) Die Entsagung muß ausdrücklich geschehen.

Das gemeine Recht kennt nicht nur die ausdrückliche, sondern auch eine vermuthete, oder stillschweigende Entsagung (4), wogegen nach unserem Gesetze nur die erstere das bestellte Pfandrecht aufheben soll. Diese Bestimmung ist höchst zweckmäßig und es ist sehr zu wünschen, daß der Gerichtsgebrauch dieselbe niemals verlassen möchte, indem durch die Annahme einer vermutheten, oder stillschweigenden Entsagung etwas Schwankendes in das pfandrechtliche Verhältniß gebracht würde, was mit dem Geiste des ganzen Gesetzes in einem grellen Widerspruche stünde.

Daß weder aus der Einwilligung zur Veräußerung, noch aus der Abtretung eines Vorzugsrechtes auf einen Verzicht geschlossen werden könne, ist zwar ausdrücklich bestimmt, allein diese Fälle sind nur als die bisherigen Hauptfälle aufgeführt, und es kann, da die Fassung in Art. 123. 4. ganz allgemein ist, daraus nicht geschlossen werden, daß in andern geeigneten Fällen eine stillschweigende Entsagung angenommen, oder vermuthet werden dürfe, es wäre denn, daß die in Art. 130. enthaltenen Bestimmungen in Anwendung kämen (5).

---

(3) Vergl. Art. 210. 222.

(4) Vergl. Gesterding S. 294. folg. Thibaut §. 667.

(5) Das Unterpfandsrecht erlischt also namentlich nie mehr durch Zurückgabe des Schuldscheins l. 2. D. de pact. (2. 14.) l. 7. C. de remiss. pign. (8. 26.) oder Bestellung eines Bürgen, oder weiteren Pfandes. l. 14. D. quib. mod. pign. (20 6.) l 9. §. 3. de pign. act. (13. 7.), welche Fälle das gemeine Recht kennt.

4) Theilweise Entsagung.

Entsagt ein Pfandgläubiger seinem Unterpfandsrechte theilweise, so kann diß

a) entweder so geschehen, daß er erklärt, das Unterpfand solle ihm nur noch für einen Theil, z. B. die Hälfte seiner Forderung haften. Alsdann ruht die Pfandlast für diesen Theil auf dem ganzen Gute fort, und dasselbe wird erst dann befreit, wenn auch dieser Theil der Forderung ganz getilgt ist (6).

b) Erklärt der Gläubiger, daß ihm nur noch ein Theil der verpfändeten Sache für seine Forderung haften solle, so bleibt der übrige Theil der Sache, auf den sich die Entsagung nicht bezieht, wie vorher mit dem Unterpfandsrechte belastet. Sind daher dem Gläubiger mehrere Güter verpfändet, und er entsagt seinem Pfandrechte auf eines derselben, so haften ihm die übrigen noch. — Ist bloß ein Gut verpfändet und das Unterpfandsrecht auf einen Theil desselben nachgelassen worden, so kömmt es wieder darauf an, auf welche Weise. Wenn nämlich der Gläubiger mit seinem Pfandrechte auf einen bestimmten, körperlich erkennbaren Theil verzichtet hat, so ist dieser von der Pfandlast befreit und die übrigen Theile der Sache haften ganz fort. Wenn dagegen der Verzicht des Gläubigers auf einen gedachten (ideellen) Theil geht, z. B. auf die Hälfte, so ruht das Unterpfandsrecht auch ferner auf allen Theilen, jedoch auf jedem immer nur zur Hälfte.

Diß ist von Wichtigkeit, wenn sich das verpfändete Gut in dem ungetheilten Eigenthume mehrerer Personen befindet (7). Gesezt A habe eine Forderung mit Unter-

---

(6) Vergl. Erläut. zu Art. 1. unter 5.
(7) Vergl. Art. 9. und die Erläut. dazu unter 1.

pfandsrecht auf das Gut X, welches B und C zu gedachten, gleichen Antheilen gemeinschaftlich besitzen, und A entsagt seinem Pfandrechte auf die Hälfte des Gutes, so ruht das Pfandrecht immer noch auf dem ganzen Gute, aber auf jedem Theile desselben nur zur Hälfte, so daß A gegen B nur wegen eines Viertels und gegen C wegen eines Viertels an demselben mit der Pfandklage auftreten könnte.

Ein anderer Fall ist es, wenn der Gläubiger zum Besten eines der Miteigenthümer seinem Pfandrechte auf den demselben zukommenden gedachten Antheil entsagt. Alsdann wird das Pfandrecht ebenfalls um den Betrag des befreiten gedachten Antheiles geschmälert, allein es liegt nun ausschließlich auf den gedachten Antheilen der andern Miteigenthümer, und kann gegen dieselben auf ihre ganzen Antheile geltend gemacht werden. — Erwirbt daher der Miteigenthümer, für dessen Antheil die Entsagung geschah, nachher auch die Antheile der Andern, so kann er in Beziehung auf dieselben mit der Pfandklage belangt werden, weil diese Antheile der Andern niemals von dem Pfandrechte frei wurden.

Man setze den Fall, daß das dem A verpfändete Gut X zu gleichen gedachten Antheilen in dem Eigenthume des B C D sey, und daß A zum Besten des B seinem Pfandrechte, so viel es dessen ideellen Antheil betreffe, entsage. Nun haftet das Pfandrecht nur noch auf zwei Dritttheilen der Sache, allein diese Verminderung kömmt dem C und D nicht zu Statten, weil sie bloß für den Antheil des B geschehen ist, sie haften also dem Pfandgläubiger auch ferner mit dem ganzen Betrage ihrer Antheile. Erwirbt später B auch diese beiden Drittel, so bleibt das Pfandrecht auch zu seinem Nachtheile darauf haften, weil der Gläubiger sein Pfandrecht nicht auf die ganze Sache,

sondern nur auf das dem B früher zugestandene Eigenthumsdrittel aufgegeben hat, und diese beiden Drittheile also nie aufgehört haben, mit demselben belastet zu seyn.

So werden diese Fälle sowohl nach allgemeinen Grundsätzen, als nach l. 8. §. 3. 4. D. quib. mod. pign. (20. 6.) zu entscheiden seyn (8).

§. 3. „Si convenerit, ne pars dimidia pro indiviso pignori sit, quaecumque fundi ejus pars a quolibet possessore petatur, dimidia non recte petetur. §. 4. Si plures dederint pro indiviso, et cum uno creditor paciscatur, ne hypothecae sit, deinde ab eo petat, etiam si hic, cum quo pactus est, solidum fundum possideat pro indiviso, quia de parte convenisset, non repellit eum a toto.“

Art. 129.

„(4) Wenn die verpfändete Sache im Wege der Hülfsvollstreckung oder im Konkurse mittelst öffentlicher Versteigerung, unter Beobachtung der im Exekutionsgesetze vorgeschriebenen Form, verkauft wird; so geht sie auf den Käufer frei von aller Verbindlichkeit über, sobald die Bezahlung des ganzen Kaufpreises auf den Grund eines richterlichen Erkenntnisses, oder eines Collegialbeschlusses der Unterpfandsbehörde (Art. 143), entweder an die dadurch bezeichnete obrigkeitliche Stelle, z. B. den gerichtlich oder gemeinräthlich ernannten Güterpfleger, oder unmittelbar an diejenigen geleistet worden ist, welchen der Erlös zugewiesen wurde.

Art. 130.

Unter gleichen Voraussetzungen erlischt durch die Be-

---

(6) Vergl. auch Gesterding S. 292 folg.

zahlung des ganzen Kaufpreises das Unterpfand auch bei einem von dem Schuldner selbst vorgenommenen Verkaufe; wenn die Gläubiger von Lezterem gehörig benachrichtiget worden sind, und entweder solchen ausdrücklich genehmiget, oder auf die an sie ergangene Aufforderung sich nicht erklärt haben. (Art. 94. 203. f.)

Art. 131.

Wird der Kaufpreis unter Beobachtung der in den beiden vorstehenden Artikeln festgesezten Vorschriften nur theilweise bezahlt; so wirkt bei dem öffentlichen wie bei dem Privatverkaufe für den Rest des Kaufpreises, insoferne dieser Rest den Rest der versicherten Forderung nicht übersteigt, das Unterpfandsrecht fort, wenn gleich etwa jener auf andere Weise gegenüber vom Verkäufer berichtiget worden seyn sollte.

Art. 132.

Wenn bei der von dem Käufer geleisteten Bezahlung die in den Art. 129. f. bestimmten, die volle Wirksamkeit dieser Zahlung bedingenden Vorschriften hintangesezt worden, so kann dieselbe, auch wenn sie an eine obrigkeitliche Stelle oder auf deren Anweisung geschehen, dem Käufer gegenüber von demjenigen Pfandgläubiger, von welchem er in Anspruch genommen wird, nur so weit zu Statten kommen, als die Zahlung entweder diesem oder einem mehr bevorrechteten Gläubiger wirklich zugeflossen ist.

Art. 133.

Dagegen bleibt, wenn nur die erwähnten formellen Erfordernisse beobachtet sind, der Käufer gesichert, obgleich etwa von der Obrigkeit rücksichtlich der Art der Verweisung des Kaufpreises die gesetzlichen Vorschriften (Art. 207.) unbeachtet gelassen oder nicht richtig angewendet worden; vorbehältlich der Entschädigungsansprüche der da-

durch vernachtheiligten Gläubiger an die Unterpfandsbehörde.

Diese Bestimmung findet namentlich alsdann Statt, wenn unbefugterweise für den Verkäufer Zahlungsanweisungen ausgestellt worden seyn sollten."

Diese Artikel enthalten Bestimmungen darüber, wie und in welchen Fällen ein Unterpfandsrecht durch öffentlichen oder Privatverkauf der verpfändeten Sache erlöschen kann.

1) Durch öffentlichen Verkauf.

Wenn ein verpfändetes Gut, sey es nun im Konkurse, oder weil sonst amtliche Hülfe geleistet werden muß, im Aufstreiche öffentlich verkauft wird, so erlöscht das darauf ruhende Unterpfandsrecht unter folgenden Bedingungen:

a) In Beziehung auf den Verkauf selbst müssen die in dem Exekutionsgesetze (Art. 49—80.) gegebenen Vorschriften beobachtet werden,

b) die Entrichtung des Kaufschillings muß in Gemäßheit eines richterlichen Erkenntnisses, oder eines von der Unterpfandsbehörde gefaßten Beschlusses stattgefunden haben,

c) sie muß entweder an diejenige Person und obrigkeitliche Stelle, welche durch jenen Beschluß oder das Erkenntniß mit der Einnahme des Geldes beauftragt wurde, oder aber an den Gläubiger geschehen seyn, welchem nach dem gethanen Ausspruche der Kaufschilling zukommen sollte. (Art. 129.)

Die Sache wird also in der Regel von der Pfandlast nicht befreit, wenn die Zahlung auf eine, ohne richterliches Erkenntniß, oder ohne Beschluß der versammelten Unterpfandsbehörde von einer obrigkeitlichen Stelle gegebene

Anweisung erfolgt ist, oder wenn sie an eine andere Person, oder Stelle geschah, als die, welche auf jenem gesetzlichen Wege bezeichnet wurde. — Hat daher der Gläubiger, welcher aus dem Kaufschillinge zu befriedigen war, bei einer solchen ungesetzlichen Behandlung der Sache seine Befriedigung nicht erhalten, so kann er sich auch gegen den, welcher die Sache im Aufstreiche erkauft hat, der Pfandklage noch bedienen.

Wenn jedoch, möge die Behandlung der Sache gewesen seyn, wie sie wolle, die Bezahlung an denjenigen Gläubiger, welchem sie wirklich gebührte, geschehen ist, so wird das Gut dadurch auch von der Pfandlast befreit.

Dieser Gläubiger kann nun derjenige seyn, welcher mit der Pfandklage aufgetreten ist, oder aber ein anderer Gläubiger, dessen Unterpfandsrecht auf dieselbe Sache noch früher bestellt, also bevorzugter ist, und welcher also den Erlös vor jenem anzusprechen hat.

Sind dagegen die unter a. b. c. aufgeführten Erfordernisse von dem Gläubiger und der Behörde beobachtet worden, so wird das Gut von der Pfandlast befreit, wenn gleich der Kaufpreis unrichtig verwiesen, oder von der Person oder Stelle, an welche er zu weiterer Verfügung bezahlt werden sollte, nicht gehörig verwendet worden ist. (Art. 132.)

d) Damit endlich die Befreiung von der Pfandlast stattfinde, muß der ganze Kaufschilling, oder wenigstens die ganze Summe der auf der Sache versicherten Forderungen, wenn dieselbe den Betrag des Kaufsschillings nicht erreicht, bezahlt seyn. Denn nur dadurch kann die Pfandlast aufgehoben werden, daß entweder die Gläubiger Befriedigung für ihre sämmtlichen versicherten Forderungen erhalten, oder daß, wenn diß wegen des unzureichenden Werthes des Gutes nicht möglich ist, ihnen wenigstens dieser ganze Werth entrichtet wird. (Art. 131.)

Geschieht die Entrichtung des Kaufschillings daher nur theilweise, ohne daß auch durch diese theilweise Bezahlung sämmtliche auf die Sache versicherten Forderungen abgelöst würden (1), so ruht das Unterpfand auf dem ganzen Umfange derselben für den nicht abgelösten Rest, so lange dessen Entrichtung nicht auch vollends und zwar ebenfalls auf die gesetzliche Weise erfolgt.

2) Durch einen Privatverkauf.

Wenn der Schuldner die verpfändete Sache selbst, und ohne Einschreiten der Obrigkeit verkauft, so erlischt das Unterpfandrecht auf der Sache, sobald er dem Pfandgläubiger den Erlös, oder wenn derselbe dessen Forderung übersteigt, deren Betrag entrichtet. Erreicht aber der Erlös aus der Sache den Betrag der darauf versicherten Forderung nicht, so wird außerdem die ausdrückliche Genehmigung des Pfandgläubigers erfordert, da derselbe in diesem Fall berechtigt ist, öffentliche Versteigerung zu verlangen. (Art. 94.)

Erfolgt die ausdrückliche Genehmigung von Seiten des Pfandgläubigers in irgend einem Falle nicht, und es ist die Befriedigung des Gläubigers bei dem Verkaufe der Sache nicht ganz ins Reine gestellt, so hat die über den Verkauf erkennende Behörde demselben Nachricht zu ertheilen, und ihn zu seiner Erklärung aufzufordern. (Art. 203.) Wenn er nun diese in der anberaumten Frist nicht abgiebt, so erlischt, auch ohne daß er aus dem Erlöse befriedigt wird, sein Unterpfand ganz oder theilweise, wenn bei Bezahlung des Kaufschillings die oben unter

---

(1) Diß kann geschehen, indem der Betrag des Kaufschillings den Betrag der sämmtlichen versicherten Forderungen übersteigt, und somit schon durch die Entrichtung eines Theiles davon sämmtliche Pfandgläubiger befriedigt werden.

1) b. c. bezeichneten Erfordernisse, nämlich gehörige Legitimation zu der Zahlung und Entrichtung an die hiezu bezeichnete Stelle oder Person vorhanden sind. — Würde daher in diesem Falle durch einen Fehler in der Verweisung oder Austheilung des Kaufschillings der Gläubiger nicht bezahlt, so hat er diß seiner eigenen Versäumniß zuzuschreiben.

Anhang,

Von der Konsolidation.

1) Nach dem gemeinen Rechte.

An seiner eigenen Sache kann man ein Pfandrecht nicht erwerben, und das Pfandrecht hört auch in der Regel auf, so wie die verpfändete Sache in das Eigenthum des Pfandgläubigers kömmt (2).

Indessen giebt es Ausnahmen von dieser Regel.

a) Wenn eine Sache mit dem Gelde eines Pupillen für denselben gekauft worden ist, so steht ihm neben dem Eigenthumsrechte ein Pfandrecht darauf zu (3), und der Frau ist nach beendigter Ehe zu Wiedererlangung der von dem Manne verschleuderten Dotalsachen neben der Eigenthumsklage die Pfandklage gegeben (4).

b) Der Erwerber eines Grundstückes tritt in die Stelle des von dem Kaufschillinge befriedigten Pfandgläubigers ein (5).

---

(2) l. 20. §. 3. l. 24. 29. D. de pign. act. (13. 7.) l. 33. §. 5. de usurp. (41. 3.) Thibaut §. 666.

(3) l. 6. C. de serv. pign. dato (7. 8.) Die l. 7. qui pot. (20. 4.) und l. 3. pr. de reb. eorum (27. 9.) liefern nicht auch den Beweis für diesen Satz, sondern nur eine Erklärung desselben.

(4) l. 30. C. de jure dot. (5. 12.)

(5) l. 17. D. qui pot. (20. 4.) l. 3. C. de his qui in prior. cred. loc. (8. 19.)

c) Wenn ein Pfandgläubiger das Eigenthum der verpfändeten Sache erworben hat und dieselbe auch noch andern Gläubigern versichert ist, wird er gegen die Ansprüche der lezteren durch sein (früheres) Pfandrecht geschüzt und dasselbe bleibt ihm in dieser Hinsicht erhalten (6).

2) Jetzige Anwendung dieser Sätze.

Auch nach unserem Gesetze wird im Allgemeinen angenommen werden müssen, daß das Unterpfand aufhört, wenn der Pfandgläubiger das verpfändete Gut erwirbt, jedoch finden die Ausnahmsfälle des gemeinen Rechtes zum Theile auch jezt Anwendung.

In den Fällen unter a) zwar nicht, denn es müßte jedenfalls an die Stelle des Pfandrechtes ein gesetzlicher Pfandrechtstitel treten, und da dieser in denselben von unserem Gesetze nicht gegeben ist, so kann er auch nicht stattfinden. Dagegen ist der Fall unter b) in dem Gesetze selbst als jezt noch gültig ausgesprochen worden (7), und was den Fall unter c) betrifft, so wird es darauf ankommen, ob bei dem von dem Unterpfandsgläubiger geschehenen Erwerbe des ihm verpfändeten Gutes die Löschung im Unterpfandsbuche vorgenommen worden ist, oder nicht. In dem ersten Falle kann von der Fortdauer eines Pfandrechtes neben dem Eigenthumsrechte nicht die Rede seyn. In dem zweiten Falle aber wird dieselbe um so eher angenommen werden können, als unser Gesetz nicht nur keine entgegenstehende Bestimmung enthält,

---

(6) l. 30. §. 1. D. de except. rei jud. (44. 2.) l. 9. pr. D. quib. mod. pign. (20. 6.) l. 59. pr. ad Sct. Trebell. (36. 1.) Vergl. Wehning im Archiv für civil. Praxis Bd. VI. Heft I. Abhandl. 5.

(7) Vergl. Art 109. und die Erläuterung hiezu.

sondern sogar in dem Falle des Art. 109. ein ähnliches gleichzeitiges Bestehen dieser beiden Rechte festsezt.

Art. 134.

„(6) Endlich erlischt das Unterpfandsrecht, wenn dem Verpfänder nur ein widerrufliches Eigenthumsrecht zugestanden, und dieses rückwärts aufgelöst wird; unbeschadet jedoch der im Art 8 enthaltenen näheren Bestimmungen."

Hiervon ist zu Art. 8. ausführlich gehandelt worden.

„Wirkung der Erlöschung.

Art. 135.

Ist das Unterpfand erloschen, so wird daſſelbe im Unterpfandsbuche gelöscht.

Mit der eingetragenen Löschung des Rechts eines einzelnen Gläubigers rücken, außer dem Falle der Pfandnachfolge, die folgenden Gläubiger ihrer Ordnung nach vor."

Daß das Unterpfandsrecht, wenn es zu bestehen aufgehört hat, gelöscht werden kann, ist der Sache angemessen und der Schuldner ist berechtigt, diese Löschung zu verlangen, sobald er den erforderlichen Beweis darüber führen kann, daß das Unterpfandsrecht erloschen ist (1).

---

(1) Vergl. Art. 210. folg.

Erlischt dasselbe nur in Beziehung auf einen körperlichen, oder gedachten Theil der verpfändeten Sache, so kann die Löschung nicht allgemein geschehen, sondern es muß um der Deutlichkeit willen bemerkt werden, daß das Unterpfandsrecht auf dem bezeichneten Theile der Sache nicht mehr, sondern nur noch auf den übrigen Theilen derselben hafte. Waren mehrere Güter in ungetheilter Summe verpfändet und das Unterpfandsrecht erlischt in Beziehung auf eines derselben, so wird das Unterpfand nur für dieses gelöscht.

Im Allgemeinen ist so viel gewiß, daß ein Unterpfandsrecht aufhören kann zu bestehen, ohne daß der bei dessen Anstellung in dem Unterpfandsbuche gemachte Eintrag gelöscht wird. Aber so lange dieser Eintrag vorhanden ist, wird immer die Vermuthung für den Fortbestand des Unterpfandes streiten, während, wenn in dem Unterpfandsbuche eine Löschung vorgenommen worden ist, zu Erhaltung des Unterpfandes darüber Beweis geführt werden muß, daß die Löschung auf eine nichtige Weise geschehen sey (2).

---

(1) Vergl. Art. 222.

Beilage

zur Erläuterung der Artikel 98—103 des Pfandgesetzes.

A.

Erlös —:· 1200 fl. baar

1) —	500 —
3) —	600 —
4) —	700 —
5) —	200 —
6) —	100 —
9) —	500 —
—:·	2600 fl.

B.

—:· 1800 fl. Zieler.

2) —	300 —
4) —	700 —
8) —	400 —
10) —	300 —
—:·	1700 fl.

C.

—:· 500 fl. baar.

3) —	600 —
7) —	100 —
8) —	400 —
—:·	1100 fl.

Der Gemeinschuldner hat drei Güter, A B und C, den Gläubigern Nro. 1 bis 10 verpfändet.

Von diesen ist Nro. 1 der älteste, Nro. 10 der jüngste, überhaupt ist das Alter der Unterpfandsbestellungen durch die Nummer bezeichnet.

Drei von diesen Gläubigern, nämlich Nro. 3. 4 und 8, sind in ungetheilter Summe (Art. 99.) auf mehrere jener Güter versichert, und zwar Nro. 3 mit 600 fl. auf die Güter A und C. — Nro. 4 mit 700 fl. auf A und B — und Nro. 8 mit 400 fl. auf B und C.

Die Summe der auf diesen drei Gütern haftenden Schulden beträgt im Ganzen

—:· 3700 fl.

der Erlös der drei Güter 3500 —

(nämlich) aus A . 1200 — baar,

aus B . 1800 — in Zielern,

aus C . 500 — baar.)

Bei einem dieser Güter (bei B) übersteigt der Erlös mit 1800 fl. die Summe der darauf versicherten Schulden, selbst wenn die obigen 700 fl. und 400 fl. voll eingerechnet werden, mithin die ganze Schuldsumme (Art. 102.) mit 1700 fl. abgezogen wird, um 100 fl.

Dieser Betrag von 100 fl. fällt demnach voraus der gemeinen Masse zu (Art. 102.); und es beträgt der unter die zehn Pfandgläubiger nach dem Grundsatze des Art. 99. zu vertheilende Gesammterlös

—:· 3400 fl.

Diese Summe ist den erwähnten Gläubigern nach der Zeitordnung ihrer Forderungen zuzuerkennen; wobei rücksichtlich der acht älteren (Nro. 1—8) keine Beschränkung des Grundsatzes eintritt. Eine solche findet jedoch nach Art. 99. und 101. bei den Gläubigern unter Nro. 9 und 10 Statt, und zwar in folgender Art:

Nro. 9 kann in keinem Falle ganz befriedigt werden, weil der Erlös aus dem ihm verpfändeten Gute A mit 1200 fl. selbst alsdann zu seiner vollen Befriedigung nicht hinreicht, wenn die obigen 600 fl. und 700 fl. gänzlich außer Berechnung gelassen werden. Denn auch unter

dieser Voraussetzung haftet noch eine Schuldensumme von 1300 fl. auf dem Gute A. — Mithin muß der Gläubiger Nro. 9, wenn er gleich älter als Nro. 10 ist, im Voraus mit 100 fl. durchfallen, und er kann in Konkurrenz kommen nur mit 400 fl.

Der Gläubiger unter Nro. 10, wenn gleich der Jüngste von Allen, muß in jedem Falle ganz befriedigt werden, weil, wenn man auch die obigen 700 fl. und 400 fl. voll einrechnet, sonach die Summe der auf B haftenden Schulden zu 1700 fl. annimmt, der Erlös mit 1800 fl. noch immer diesen Betrag übersteigt. Folglich geht Nro. 10 dem Gläubiger Nro. 9 unbedingt vor, wenn gleich dieser älter ist.

Die Verweisung geschieht, in Gemäßheit der besondern Bestimmung des Art. 103, auf nachstehende Weise:

Es erhalten

Nro. 1.	.	500 fl. —	baar.
— 2.	.	300 fl. —	Zieler.
— 3.	.	600 fl. —	baar.
— 4.	.	700 fl. —	und zwar: baar 600 fl. — Zieler 100 fl.
— 5.	.	200 fl. —	Zieler.
— 6.	.	100 fl. —	Zieler.
— 7.	.	100 fl. —	Zieler.
— 8.	.	400 fl. —	Zieler.
— 10.	.	300 fl. —	Zieler.
— 9.	.	200 fl. —	Zieler.
		3400 fl.	

Es fällt durch

Nro. 9. mit 300 fl.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Seeger, Karl August Friedrich,

Erläuterung des Pfand- und Prioritätsgesetzes für Würtemberg

Bd.: 1. (1825)

Stuttgart 1825
J.germ. 181 s-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10552689-3